

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

La colaboración de los privados en la gestión de la Seguridad Social

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

José María Fernández Pastrana

Madrid, 2015

Donativo del Profesor Alonso Olea

R 613.815

D 7.190

DONATIVO
PROF. DR. M. ALONSO OLEA

TE
1906



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5328967806

LA COLABORACION DE LOS PRIVADOS EN LA GESTION

DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Tesis que, para aspirar al Grado de Doctor, presenta el Ldo. D. José M^a Fernández Pastrana.



Madrid, Abril de 1.978

"Cuando las primeras formas de indemnización de los riesgos sociales aparecen a lo largo del siglo XIX, nadie imaginaba que las nuevas instituciones estaban llamadas a transformar la estructura de la sociedad.... Parecía no tratarse más que de instituciones de Derecho privado, no interesantes para el Derecho público y - la Ciencia política".

PAUL DURAND.

INTRODUCCION

PRIMERA PARTE

ESTRUCTURA NORMATIVA Y CONFIGURACION TEORICA DE LOS

PRIVADOS EN LA GESTION DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Página

| | | |
|-------|------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I.- | PLANTEAMIENTO GENERAL Y OBJETO DE ESTUDIO | 7 |
| II.- | LA SEGURIDAD SOCIAL COMO FUNCION ESTATAL | 16 |
| | 1. Diversidad de concepciones doctrinales | 18 |
| | 2. La Seguridad Social española como función del Estado Español. | 39 |
| III.- | LA SEGURIDAD SOCIAL COMO SERVICIO PUBLICO | 49 |
| | 1. Justificación de la investigación | 50 |
| | 2. Doctrina y Jurisprudencia que califica a la Seguridad Social como servicio público. | 53 |
| | 3. Anotaciones sobre el estado actual de la teoría del servicio público. | 70 |
| | 4. El servicio público de la Seguridad Social española. | 85 |
| | 5. La gestión del servicio público. | 98 |
| IV.- | REGIMEN JURIDICO DE LAS MUTUAS PATRONALES Y DE LAS EMPRESAS | 104 |
| | 1. Normativa reguladora. | 105 |
| | 2. Concepto y caracteres legales | 110 |
| | 3. Naturaleza jurídica. | 115 |

| | Página |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| 4. El objeto de la colaboración | 123 |
| 5. Relaciones entre el Estado y las Mutuas . . . | 132 |
| 6. Ambito autonómico. | 150 |
| 7. El Patrimonio | 156 |
| 8. Régimen económico-financiero. | 163 |
| 9. Organos de gobierno. | 167 |
| 10. Aspectos fundamentales del régimen jurí dico de las empresas. | 170 |
| V.- CONFIGURACION TEORICA DE LA COLABORACION | |
| EN LA GESTION. | 180 |
| 1. Planteamiento. | 181 |
| 2. Las tesis de la concesión administrati <u>v</u> va y de la actividad privada de interés público. | 182 |
| 3. La aplicación de la descentralización - administrativa a los privados. | 193 |
| 4. Algunas consideraciones políticas sobre la descentralización de los privados. | 210 |
| 5. La configuración teórica de la colabora <u>c</u> ción de las empresas. | 213 |

SEGUNDA PARTE

EL FUNCIONAMIENTO REAL DE LOS PRIVADOS EN EL SERVICIO
PUBLICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

| | Página |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| I.- LOS ANTECEDENTES DEL SISTEMA DE COLABORACION DE LOS PRIVADOS. | 215 |
| 1. Líneas generales de la evolución normativa. | 216 |
| 2. Algunos datos sobre el funcionamiento real del sistema normativo precedente. | 228 |
| II.- LAS CONTRADICCIONES INTERNAS AL SISTEMA LEGAL. | 239 |
| 1. Los principios generales del Sistema y la Articulación legal: una "contradicción in terminis". | 240 |
| 2. El concepto legal de Mutua Patronal: - el encubrimiento de su verdadera significación. | 247 |
| III.- LOS INGRESOS DE LAS MUTUAS PATRONALES: LA SITUACION REAL DEL PRINCIPIO LEGAL QUE -- CONSIDERA A AQUELLOS COMO INTEGRANTES DEL PATRIMONIO UNICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. | 252 |
| 1. Los ingresos de las Mutuas Patronales están establecidos de forma que permiten ganancias. | 253 |
| 2. Concentración del mercado. | 257 |
| 3. Predominio de los entes privados frente a los entes públicos. | 260 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| 4. El patrimonio adscrito a las Mutuas - Patronales no se ha utilizado en <u>gene</u> ral como un patrimonio integrante del <u>único</u> de la Seguridad Social. | Página 263 |
| 5. Cuantificación de excedentes | 267 |
| 6. Inexistencia de un control que <u>garan</u> -tice la adecuada utilización del pa--trimonio. | 269 |
| IV.- EL TOPICO DE UNA GESTION BARATA. | 271 |
| 1. Los gastos de Administración de las - Mutuas Patronales superan los <u>correla</u> tivos de los entes gestores. | 272 |
| 2. El régimen económico-financiero de -- los entes privados exige la elevación de las cuotas por encima de lo que <u>se</u> ría preciso tratándose de entes <u>públi</u> cos. | 277 |
| V.- MARGINACION DEL BENEFICIARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. | 279 |
| 1. Marginación a la hora de optar por el aseguramiento entre un ente público o privado. | 280 |
| 2. Marginación en los órganos de gobierno . . . | 281 |
| VI.- ENJUICIAMIENTO CRITICO DE LA COLABORACION DE LAS EMPRESAS. | 283 |
| 1. Inexistencia de un control adecuado. | 284 |
| 2. Sistema de grandes empresas | 285 |
| 3. Marginación de los beneficiarios. | 286 |
| 4. Insolidaridad protectora. | 287 |

| | Página |
|-----------------------------------------------------|--------|
| VII.- RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION. | 288 |
| CONCLUSIONES. | 290 |

I N T R O D U C C I O N

La Seguridad Social se ha convertido, en los últimos años, en una actividad polémica para propios y extraños, sea porque afecte poderosamente a su bolsillo (lo que es, sobre todo, predicable del empresario, fundamental financiador del sistema), sea porque afecte a la propia seguridad personal y familiar (y en esto, casi ningún ciudadano es ajeno a la Seguridad Social, porque pocas fortunas personales pueden dar al individuo la seguridad de aquella poderosa institución), o sea en razón de sus múltiples efectos indirectos (movilización de contratos de obras y suministros que se cuentan por cientos de miles de millones de pesetas, inversiones que hasta hace años fueron fortísimas...).

Entendemos que el tema elegido tiene, pues, el interés propio de todo lo que afecta a la Seguridad Social. Y a ese interés hay que añadir un interés específico, ya que el estudio versa sobre el papel de los entes privados en la gestión de un servicio público (pues entendemos que la Seguridad Social lo es), lo que sitúa el tema en el seno de la polémica, siempre abierta, entre los partidarios de la privatización y de la socialización.

Advirtamos, antes de entrar en materia, que el sistema de Seguridad Social español está predominantemente publicificado en su gestión (1) lo que no impide que, junto a los entes públicos, se encuentren algunos entes privados gestores de la misma.

Si se nos permitiera cuantificar el grado de publicificación-privatización de la gestión, podríamos decir que los -

(1) Vid. Libro Blanco de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo. Subsecretaría de la Seguridad Social. Madrid, - 1977.

entes privados no manejan más allá del 5% de los recursos de la Seguridad Social; lo que puede parecer insignificante, pero no lo es si advertimos que en valor absoluto eso significa que manejan anualmente más de cincuenta mil millones de pesetas.

Entendemos, con todo, que el interés no se centra en las cifras, más o menos altas, y que reflejan el equilibrio de fuerzas actual, sino en el valor de un enjuiciamiento previo de tal modelo de gestión privada, en un momento en el que indudablemente habrá de replantearse hasta los cimientos la estructura organizativa y material del sistema de Seguridad Social, y habrá de redefinirse, por lo tanto, el papel de los entes privados en la gestión de la Seguridad Social.

En este terreno creemos necesario salir al paso de ciertos espejismos, desde el principio, y sobre todo de uno muy corriente que tiende a identificar la democracia con la gestión privada. Esta simplificación fué utilizada de forma inusitada en 1963, con ocasión de los debates a que, dentro y fuera de las Cortes, dió lugar la Ley de Bases de la Seguridad Social (1) y rebatida ampliamente en aquella ocasión, pero cabe temer que vuelva a ser esgrimida de nuevo en momentos en que, pretendiendo hacer tabla rasa de la obra de un sistema político, se persigan relamente otros objetivos muy distintos a los confesados.

Este riesgo no cabe olvidarlo en ningún momento y debe ser contestado, pues, desde el principio, porque las opcio

- - - - -

(1) Sobre el tema LUIS ENRIQUE DE LA VILLA, Las causas de -- oposición a la Ley de la Seguridad Social, en el volumen colectivo Diez lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social. Madrid, 1964.

nes privatista o socializadora de la Seguridad Social son --- igualmente legítimas y defendibles desde una óptica puramente política, y dentro del contexto de cada ideología.

Cosa distinta es que la Seguridad Social (como cualquier otra institución pública) deba estar sujeta al control democrático, sea bajo las fórmulas generales de control de la actividad de los entes públicos, sea ajustándose a las pecu--liarés instituciones de autogobierno o de incorporación de sec--tores sociales interesados, terreno en el que muy pocos preten--derán hoy, al menos abiertamente, que deba quedar fuera de --unas u otras fórmulas controladoras. Es en este plano donde --cabe invocar el derecho de participación y colaboración de --los particulares en la Seguridad Social como una exigencia de mocrática. Pero se comprenderá que nada tiene que ver con esta exigencia, desinteresada de lucro personal y privado, la --de quienes pretenden que la gestión de la Seguridad Social de--be ser encomendada a entes privados, alegando en su defensa --las virtudes del liberalismo y los vicios del intervencionismo del Estado y de su inexorable burocratización (1).

-
- (1) La diferenciación entre tales planos propuesta es con---gruente con una larga tradición entre los juristas culti--vadores del Derecho Político, pero también se encuentra formulada entre los iusadministrativistas, desde las más viejas teorías sobre la descentralización, que en ocasio--nes diferenciaban con dificultad la política de la admi--nistrativa. Recientemente ha sido expuesta con brillantez por E. GARCIA DE ENTERRIA cuando distingue de "la actua--ción ciudadana determinada por una apreciación libre del interés general, y no profesionalizada o retribuída", el supuesto "del trabajo profesional de empresas (concesio--narios contratistas, gestores interesados, socios priva--dos en sociedad de economía mixta, etc.) o de profesiona--les, que suponen un "ejercicio privado de funciones pú--blicas" remunerado de una u otra forma", fenómeno que de--ja fuera de lo que él denomina la nueva Administración --"participada" o concertada, reflejo de una nueva concep--

Con frecuencia la polémica se plantea en el terreno de los principios, y rara vez se desciende al análisis concreto de las instituciones en las cuales puede tener aplicación y sentido la opción por una u otra fórmula, lo que naturalmente es mucho más difícil porque exige ponerse de acuerdo previamente sobre los parámetros que han de servir de base para enjuiciar las posiciones de los entes públicos y privados, y sus ventajas o desventajas concretas.

En el caso de la Seguridad Social tenemos la suerte de encontrarnos con una ya larga experiencia de entes públicos y privados concurrentes en el mismo objetivo de gestión, y a los que se atribuyen medios financieros e instrumentales equivalentes. Sus resultados pueden y deben ser, pues, contrastados, para obtener una respuesta sobre cuál pueda ser, de entre las fórmulas alternativas que se ofrecen al político, la válida en este momento, entendiendo por tal la que mejor garantice el interés público confiado a la propia Seguridad Social.

No hace falta añadir que aquí no se está tomando posición alguna en la polémica entre privatistas y socializadores, sino señalando exclusivamente cuales son las consecuencias de la mixtificación del sistema de gestión en el marco concreto de una institución pública como la Seguridad Social, sin que quepa tampoco extrapolar las conclusiones así obtenidas para el resto de los servicios públicos, lo que está fuera del objeto de la investigación, que sólo podría ser tenida en cuenta como una parte de otra más amplia y de mayor envergadura.

./.

ción democrática que no concentra la representación en el poder legislativo (vid. La participación del administrado en las funciones administrativas en el libro Home-naje a ROSA VILLANOVA. Madrid, 1977. Págs. 306 y ss.

C A P I T U L O P R I M E R O

PLANTEAMIENTO GENERAL Y DELIMITACION

DEL OBJETO DEL ESTUDIO

I.- PLANTEAMIENTO GENERAL.

La mayoría de los estudios jurídicos que se vienen realizando en nuestro país sobre la Seguridad Social se vienen --- abordando, con alguna notable excepción, desde la perspectiva - del Derecho del Trabajo o, al menos, son laboristas sus cultivadores.

Puede sorprender por ello que se enfoque aquí un tema de la Seguridad Social desde la perspectiva fundamentalmente jurídico-administrativa. Pero las razones para ello son múltiples: en primer lugar, entendemos que el tratamiento doctrinal prevalente por los laboristas no tiene una legitimación científica y sistemática indiscutible, sino que obedece a puras razones -- históricas: la ligazón inicial entre el Derecho del Trabajo y - los Seguros Sociales; en segundo lugar, que existen temas en la Seguridad Social que son, evidentemente, una parcela indiscutible del Derecho Administrativo, y de entre esos temas, todo --- cuanto se refiere a la posición del Estado y a las relaciones - jurídicas en las que el mismo es parte, y sobre todo los que involucran su actividad o la de entes públicos instrumentales suyos en la Gestión; y, por último, que si aparte de la posición de autonomía de la Seguridad Social como disciplina científica hubiera que buscar algún encuadramiento racional en otra pre--- existente, no nos cabe duda de que esa habría de ser el Derecho Administrativo (1).

Esta falta de tratamiento de la Seguridad Social espa-

- (1) No deja de sorprender que esta afirmación se encuentre avallada por un ilustre laborista, y más tarde Ministro de -- Trabajo, vid. FERNANDO SUAREZ GONZALEZ, en Los orígenes de la Seguridad Social, en el volumen colectivo Diez lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social, en cuya página 17 puede leerse lo siguiente: "La Seguridad Social..., que nació en el Derecho del Trabajo y que vive aún al amparo del Derecho del Trabajo, está llamada otra vez al Derecho Administrativo por convertirse en un servicio público general".

ñola desde la perspectiva del Derecho Administrativo ha hecho -
necesarias las correspondientes indagaciones previas para fijar
la naturaleza del marco en que tiene lugar la intervención de -
los privados, y que no es otro, a nuestro juicio, que el del --
servicio público.

Es esta configuración de la Seguridad Social la que --
permite abordar con posterioridad el papel de los privados, pe-
ro entendemos que no solo eso, y que por vez primera son inteli-
gibles un conjunto de facultades de reglamentación y de control
positivamente establecidas a favor de la Administración, mien--
tras que se echan en falta críticamente otras.

Puede sorprender, por otra parte, que el análisis se -
centre en los privados, cuando el molde clásico de los estudios
del Derecho Administrativo español lo son siempre alrededor de
las Administraciones Públicas, e incluso un sector doctrinal --
mantiene el carácter estatutario del Derecho Administrativo (1).
Pero tal análisis entendemos que es legítimo sin necesidad de -
compartir la tesis opuesta e igualmente lícita (2) sino por ---
cuanto no se trata aquí de analizar a los entes privados descol-
gados de la organización administrativa, sino justamente de pro-
bar que existen, o pueden existir, determinadas relaciones en--
tre la una y los otros, y que esas relaciones están demandando
una explicación por parte de la dogmática del Derecho Adminis--
trativo.

Debemos aclarar, de inmediato, que el estudio no pre--
tende circunscribirse a objetivos juridico-formales, lo que no

(1) GARCIA DE ENTERRIA, E.: Verso un concetto di Diritto Ammi-
nistrativo como Diritto statuario. Rivista Trimestrale di
Diritto Pubblico, nº 10 (1960).

(2) Vid. fundamentalmente M. BAENA DEL ALCAZAR. Administra---
ción Central y Administración Institucional en el Derecho
Español. I.E.A. Madrid, 1976.

significa que deseché este tipo de investigación, que se entiende de primordial, sino que trata de incorporar y contrastar el esquema jurídico-formal obtenido con los datos que reflejan el funcionamiento real de ese esquema abstracto.

Eso explicará y evitará sorpresas a quien encuentre -- junto a la cita doctrinal o legal la referencia a datos y cuantificaciones obtenidas de Memorias de las entidades, de cuentas y balances anuales o de datos obtenidos de investigaciones de economistas cuya cita figura junto a la de los juristas. Eso -- explica, por último, el método utilizado, que no es sino una paciente búsqueda de los datos que puedan arrojar luz y servir de contraste con los que integran la estructura jurídico-formal, - lo que implica asimismo la cronología de elaboración de la obra pues ha sido preciso, en primer término, la elaboración jurídica, para determinar después, selectivamente, los datos del esquema elaborado que se querían verificar en su existencia real.

Por lo demás, y como todo estudio de la parte especial del Derecho Administrativo, quizás no aporte grandes descubrimientos a la dogmática del mismo, pero alberga el propósito de aplicar aquella dogmática y de mostrar en un terreno concreto - y poco nebuloso su utilidad práctica.

II.- DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL ESTUDIO.

La participación de los privados en la gestión de la Seguridad Social responde a principios de organización multiforme, y variables de un país a otro. Nuestro estudio no va dirigido, sin embargo, a ofrecer una descripción más o menos precisa de los tipos de colaboración existentes en cada país o cada grupo de países (1), sino exclusivamente al del sistema de Seguridad española, sin perjuicio, naturalmente, de que en algún punto, y con carácter incidental, se produzca alguna referencia al marco concreto de sistemas afines a los países de la C.E.E.

Ahora bien, tampoco es nuestro objetivo el estudio --- exhaustivo y detallado de todas las fórmulas de participación o colaboración de los privados en la gestión de la Seguridad Social, pues la amplitud de los supuestos existentes daría al traste con cualquier intento de configuración homogénea del fenómeno e impediría obtener otros frutos que no fueran el de una descripción más o menos afortunada de los mismos.

Por ello, y antes que nada, conviene señalar los distintos supuestos de colaboración de los particulares en la ges-

-
- (1) Aparte de que existen ya trabajos sumamente meritorios sobre el particular, si no con un carácter descriptivo detallado, sí desde el punto de vista de las tipificaciones -- globales. Vid. al efecto, la conocida obra de P. DURAND, - "La politique contemporaine de la Sécurité Sociale", París, 1952, págs. 350 y ss.; igualmente notable es la construcción de DUPEYROUX (en Droit de la Sécurité Sociale, 6ª Edición, Dalloz 1975) que explica los distintos modelos de -- gestión existentes como resultado de las tensiones entre -- dos pares de principios: el de competencia frente al de monopolio, y el de especialización frente al de polivalencia. Debemos igualmente remitirnos en este punto a la amplia bibliografía a la que el propio DUPEYROUX remite en su libro (págs. 160 y ss.). Existen multitud de trabajos con enfoques parciales y generalmente descriptivos: Citemos solo -- dos y a título de ejemplo: Dionisio BIKKAL: Las estructuras de la Seguridad Social en los Estados miembros del Mercado Común europeo. Revista de Trabajo, nº 3, 1963; y la publicación de la XIV Asamblea General de la AISS "Organización y financiamiento del Seguro de Accidentes de Trabajo" Mexico 1963.

ción del sistema español, con el fin de señalar el campo estricto sobre el que se va a profundizar a continuación.

La referencia legal más importante sobre el tema, y -- que permite una primera aproximación, es el artículo 199 de la Ley General de Seguridad Social (en adelante citada L.G.S.S.) -- de 30 de Mayo de 1974, que enumera los supuestos de colabora--- ción, inmediatamente después de regular (artículos 194 y 198) -- los entes públicos gestores. En aquél precepto se recogen los -- únicos entes autorizados a colaborar y que literalmente recoge--- mos: a) La Organización Sindical; b) Las Organizaciones Colegia les Sanitarias; c) Las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo en la cobertura de dicha contingencia y d) Las Empresas, in--- dividualmente consideradas, en relación con su propio personal, o mediante agrupaciones, constituidas al único efecto de pres--- tar la colaboración prevista en el número 4 del artículo 208 -- (asistencia sanitaria).

El precepto no agota realmente los supuestos de colaboraci ón de los privados con la Seguridad Social (excluye uno --- bien conocido: la función recaudadora que desempeñan las entidades autorizadas de la Banca y Cajas de Ahorro) y, por el contrario, se refiere a otros que no son colaboración de privados si--- no de entes públicos (Organización Sindical, Colegios Sanita--- rios...). En realidad, pues, los dos supuestos de colaboración de los privados que regula el precepto son los contemplados en los apdos. c) y d), y a ellos vamos a referir, por lo tanto, el estudio que sigue. Con la advertencia previa de que el centro -- de nuestra atención lo ocuparán las Mutuas Patronales, no solo porque desde un punto de vista práctico son las únicas que tie--- nen cierta importancia dentro de la Seguridad Social española, sino porque su problemática jurídica es mucho más compleja y -

absorbe de alguna manera cuanto se pudiera decir de la colaboración de las empresas.

Por el contrario, no dedicaremos mayor atención al tema de la presencia de los trabajadores y empresarios en los órganos de gobierno que la que estimamos obligada, y marginal, a la hora de calificar la naturaleza jurídica de los entes en los cuales son acogidas tales representaciones, entendiendo que se trata de un supuesto completamente distinto y que no da lugar a una colaboración "institucional" en el sentido de la clasificación de GENY (1) aunque puede presentar notable interés desde perspectivas que no sean fundamentalmente jurídico-formales (2).

Así delimitado subjetivamente el campo del estudio queda todavía señalar sus límites globales. En este sentido ha de recordarse que el estudio pretende -como se ha dicho más arriba- no quedarse en una descripción formal del régimen jurídico aplicable a los entes referidos, sino confrontar éste, y la configuración teórica global que la dogmática jurídica nos permita elaborar, con el funcionamiento real de tales entes dentro del sistema de Seguridad Social. Sin embargo, entendemos que la ba-

-
- (1) No se ignora que algún autor incluye supuestos semejantes - en el seno de una sistematización general de las clases de colaboración con la Administración. Así MESA SEGURA, en Participación de los administrados en la obra de la Administración, dentro de lo que llama "modos de intervención de carácter no oficial" (Boletín de la Universidad de Granada, nº 22, 1963); Alfonso PEREZ MORENO, en La colaboración social en la gestión administrativa. Sevilla, 1967 (separata de Anales de la Universidad Hispalense, vol. XXVII. Año 1967) centra su estudio en lo que llama "colaboración social directa y por grupos sociales no necesariamente personificados" (p. 31)
 - (2) En este sentido, vid. el muy importante estudio de M. BAENA DEL ALCAZAR La estructura administrativa del Estado contemporáneo. Lección inaugural del Curso Académico 1976/77 en el Colegio Universitario San Pablo. Madrid. 1976. El autor de este estudio ha realizado una investigación en el mismo sentido de la representación de los órganos de gobierno de la Seguridad Social incluida en los trabajos previos del Libro Blanco de la Seguridad Social.

se de elaboración teórica para aquella configuración no se encuentra en una presunta doctrina de la Seguridad Social sino en el Derecho Administrativo, sin perjuicio de que aquella deba -- surtir los elementos y materiales indispensables como presupuestos fácticos a los que deben aplicarse las correspondientes categorías jurídicas.

En este sentido, una investigación sobre el papel de los entes privados en el sistema de la Seguridad Social exige el planteamiento o replanteamiento previo del marco general en que se produce, que es el sistema mismo de la Seguridad Social. La perspectiva jurídico-administrativa es la adecuada para responder a cuestiones tales como si la Seguridad Social es o no es un servicio público, y para analizar el papel de los entes públicos y privados en ese servicio público, supuesto que la conclusión fuera positiva. Nuestra actitud al realizar tales preguntas ha pretendido, además, replantear los términos con que frecuentemente son planteadas y resueltas, siempre que se ha tenido la sospecha, fundada o no, de que las soluciones doctrinales eran fruto de la rutina o la inercia y no de una discusión profunda de los temas. Eso explica que nos hayamos atrevido a volver sobre las raíces de conceptos que se suponen ya definitivamente establecidos, como es el de la propia Seguridad Social, para indagar cual sea realmente el papel del Estado en aquella. Otras razones explican que hayamos tenido que repasar la doctrina del servicio público, para tomar postura de entre las múltiples definiciones y perspectivas doctrinales, sobre una cuestión que ha sido clave en la dogmática jurídico-administrativa. Es definido ese marco general -sistema de Seguridad Social, calificación de ésta como servicio público, etc.- cuando hemos dado el paso siguiente que es el estudio concreto de los entes colaboradores, de su régimen jurídico, y de las funciones de la Administración respecto de ellos, para en un último estadio tratar de elaborar, sobre tales datos y los resultantes del marco general, una teoría de las relaciones de estos entes con la ---

Administración, que contiene el intento de una aportación original sobre la base de extender el principio de descentralización administrativa a determinados entes privados "instrumentales" - de la Administración, frente a la visión clásica de ésta que la circunscribe a los entes públicos.

La segunda parte del estudio constituye una indagación sobre los extremos fundamentales de la estructura jurídico formal así elaborada, en contraste con el funcionamiento real de dicha estructura. La indagación se realiza en dos niveles fundamentalmente: 1º. en el seno de los principios organizativos, legales, de esa estructura, para comprobar las fricciones o contradicciones que la articulación concreta de la colaboración de los privados plantea dentro de aquella; y 2º. al nivel de los hechos, económicos o jurídicos, reveladores o indiciarios del papel que realmente asumen estas entidades frente al que jurídicamente les está asignado.

Este segundo nivel implica la utilización de fuentes - que no son el objeto normal de un jurista (exámen de cuentas y balances, entrevistas....) pero que son indispensables para conocer la virtualidad de un sistema jurídico.

C A P I T U L O S E G U N D O

LA SEGURIDAD SOCIAL COMO FUNCION ESTATAL

- I.- Diversidad de concepciones doctrinales
- II.- Posición que se adopta.

La comprensión del papel de los privados en la gestión de la Seguridad Social exige conocer exactamente en qué terreno nos movemos cuando hablamos de ésta última, pues las ideas no están claras, ni mucho menos, sobre si se trata de una función pública, del Estado o de un fin privado, particular, aunque dotado de cierto interés público (1).

A nuestro juicio, la cuestión es básica, pues se trata de determinar 1º, si la Seguridad Social es, en esencia, una -- función estatal (2); 2º si, en concreto, el sistema protector -- español así denominado, es asumido como función del Estado español; y 3º, determinar, en concreto, el contenido de esa función estatal en el ordenamiento español.

Es igualmente importante desde el punto de vista de la doctrina de la Seguridad Social, pues lo que nosotros pretendemos aquí no es tan solo verificar la posición del Estado en --- nuestro sistema, sino demostrar que tal presencia estatal es, -

-
- (1) La doctrina es, en este punto, absolutamente divergente, entre los partidarios de la estatalización (VIDA SORIA, PERSIA NI, y, hasta cierto punto, PEREZ BOTIJA, aunque éste último utiliza el término "socialización") y los que mantienen la conveniencia de que sea considerada como fin privado, y la intervención estatal sea limitada (fundamentalmente MEILAN GIL, El Mutualismo Laboral, Madrid, 1963; ACHINGER: Los Seguros Sociales (traducción), Madrid, 1956....). Pero interesa subrayar que se trata de posiciones no jurídicas y fundamentadas desde opciones políticas o de mera conveniencia política, sin que la discusión se centre sobre el eje del concepto de la Seguridad Social.
- (2) Se advierte, antes que nada, que no utilizamos aquí el término de función estatal en el sentido en que lo hace MIELE, y con él buena parte de la doctrina administrativa italiana (y en España, GARCIA TREVIJANO, entre otros) a efectos de -- oponerla a la noción estricta de servicio público. Aquí se utilizan los términos función estatal o pública en su acepción más común de fines del Estado, que éste tiene el derecho-deber de perseguir.

justamente, el elemento clave o central del concepto de Seguridad Social, por lo que previamente replantearemos el tema de - dicho concepto.

I.- LA DIVERSIDAD DE CONCEPCIONES DOCTRINALES.

La doctrina no ha abordado el concepto de Seguridad Social de manera uniforme y coincidente. Por extraño que parezca, el término ha triunfado en pocos años, pero sin que nadie esté de acuerdo en su significado preciso (1), no faltando en este río de concepciones quien mantiene que, en realidad, la Seguridad Social no existe fuera del mundo de los propósitos, que es "un propósito, una intención, una aspiración, un deseo que pugna por realizarse; que no tiene un ser real, sino una mera pretensión de ser así (2)". Uno de los temas abordados en la Conferencia Internacional de Seguridad Social de 1952 fué precisamente el del concepto de Seguridad Social y bajo el título "¿Qué es la Seguridad Social?", se publicó la síntesis de las aportaciones sobre el tema en la Conferencia como Cuaderno nº 3. Un repaso de las definiciones contenidas en el citado Cuaderno muestra que existen tantas como autores, y que las perspectivas de definición son, por lo tanto, ilimitadas.

-
- (1) Con algunas excepciones en cuanto a la aceptación de la terminología, pues la mejor doctrina italiana sigue utilizando los vocablos Previdenza Sociale, frente a Sicurezza Sociale, y en España una parte notable sigue utilizando los términos Previsión Social frente a Seguridad Social (Vgr. E. BORRAJO DACRUZ. Estudios jurídicos de Previsión Social. Madrid, 1962; J. VIDA SORIA. Aspecto jurídico de la Gestión de la Previsión Social, en Revista de Política Social nº 61 (1964) y Observaciones sobre la gestión de la Previsión Social y la nueva Ley de Bases de la Seguridad Social. Madrid 1964. LUIS ENRIQUE DE LA VILLA, Limitaciones del régimen español de Previsión Social. Madrid, 1964. Por lo demás, los autores no mantienen una fidelidad a ultranza en lo terminológico como lo muestran los títulos de trabajos posteriores: Los principios de la Seguridad Social y sus realizaciones en el sistema español vigente, del Profesor BORRAJO, en RISS, nº 2, 1970, y el Manual de Seguridad Social, del Profesor DE LA VILLA, en colaboración con A. DESDENTADO. Ed. Aranz. Pamplona, 1977.
- (2) M. FLORES ALVAREZ. ¿Qué es la Seguridad Social?, en RISS, nº 3 (1952) pág. 539.

Ante tal hecho se podría incurrir en la cómoda tentación de no intentar poner luz en la maraña de definiciones, --partiendo de cualquiera de las adoptadas por algún sector doctrinal o por algún texto legal. Pero no es ese el camino que nos proponemos, sino justamente el de demostrar que, cualquiera que sea la posición que se adopte, el elemento clave es la especial posición garantizadora del Estado, como sujeto deudor -- en las relaciones jurídicas en que aquella se traduce.

Sin pretender agotar la totalidad de las posiciones doctrinales, lo que es poco menos que imposible, sí que podemos reducir la multitud de definiciones a unas referencias fundamentales, a saber:

1ª.- La mayoría de los autores no se han preocupado en la definición de otra cosa que del contenido y fines de la Seguridad Social, lo que es explicable históricamente en razón de la precedencia de los Seguros Sociales o de la Previsión Social, lo que exige el deslinde de unas y otras instituciones y, funcionalmente, en razón de las perspectivas de acción política que se adopten (concepto amplio de la Seguridad Social, en general recibido por los autores que defienden un intervencionismo social ilimitado; concepto estricto, respecto de aquellos que no desean aventuras intervencionistas más allá del terreno conocido de los Seguros Sociales).

Se podrían buscar ejemplos ilimitados de estas posiciones, pero bastará con espigar algunos suficientemente ilustrativos de lo dicho. La preocupación por deslindar la Seguridad Social de los Seguros Sociales se encuentra en JORDANA DE POZAS (1), para quien con la Seguridad Social "probablemente -

(1) En Seguridad Social y doctrina social de la Iglesia.-- Conferencia pronunciada en Madrid en 1947.

se trata de encontrar una fórmula que permita agrupar en una misma organización administrativa a diversos servicios tales como los seguros sociales, la política de empleo y la asistencia pública....". FERNANDEZ GONZALEZ (1), entiende que "la Seguridad Social tiene un ambiente más amplio que los Seguros Sociales, ya que prepara el camino a las generaciones venideras y sostiene a los apartados de la vida productiva". LOPEZ VALENCIA (2), en cambio, distinguía entre dos concepciones, amplias y estrictas, de la Seguridad Social, asimilando ésta última a los Seguros Sociales. H. BAYLOS adopta una posición mucho más matizada (3), observando que "la propagación de la Seguridad Social.... no ha implicado forzosamente el que los distintos sistemas positivos se hayan enriquecido con la creación de nuevas instituciones..... En muchos casos, la adhesión a la nueva idea, que parece constituir signo inexcusable de nuestro tiempo, ha podido satisfacerse con bien poco: simplemente con dar una denominación distinta a las mismas instituciones que existían antes", de donde deduce que la Seguridad Social es precisamente "un tratamiento nuevo de las instituciones, más que -- una creación de instituciones nuevas" (4).

Y en la misma línea de preocupación se encuentra la restante doctrina española de los años 50, que constituye el periodo de recepción de las nuevas ideas europeas y de las pri

(1) en En torno al concepto de la Seguridad Social. Revista de Trabajo, nº 3. 1945. pag. 268.

(2) en El presupuesto de la Seguridad Social. R.E.S.S., nº 9 - 1947.

(3) Vid. Reflexiones sobre la Seguridad Social, RISS, nº 4. -- 1952. pag. 687.

(4) ob. cit. pag. 689.

meras experiencias concretas en Inglaterra y el Continente (1).

Y los mismos datos pueden detectarse en la doctrina - extranjera: Para DUPEYROUX (2), todos los sistemas de Seguridad Social tienen de común y, por tanto, son sus elementos esenciales: a) que "tratan de garantizar una cierta seguridad económica a las personas que protegen", y b) que "este fin es perseguido a través de una redistribución financiera, es decir, - de una parte, mediante cargas impositivas, de otra, de una redistribución de los fondos recaudados entre los beneficiarios de esa redistribución". Para DOUBLET, todo sistema de Seguridad Social puede ser definido en función exclusivamente de su fin o meta que es "asociar a todo el cuerpo social en una empresa - sistemática de liberación de la necesidad creada por la desigualdad, la miseria, la enfermedad y la vejez" (3) y P. DURAND se limita a apuntar que la Seguridad Social implica "una soli-

- - - - -

(1) J.E. BLANCO RODRIGUEZ y M. LARAÑA PALACIO (Precisiones sobre la Seguridad Social, R.T., nº 5, 1953) encuentran sumamente difícil diferenciar los conceptos de Previsión Social y Seguridad Social, ya que entienden que la esencia de ambas es el conjunto de Seguros Sociales, aunque aceptan que la Seguridad Social fuera comprensiva, además, de otras medidas (prevención, recuperación, política de pleno empleo....). MARAVALL CASESNOVES entiende que la Previsión Social constituye una fórmula de "ayuda al trabajador en forma eminentemente subjetiva y sobre fundamentos principalmente jurídicos", mientras que la Seguridad Social "trae ayuda y socorro para los necesitados, trabajadores o no, empleando métodos objetivos: seguridad para todos, basándose en fundamentos principalmente económicos: evitar la indigencia y liberar de la miseria" (en Previsión y Seguridad Social en su concepción y diferencias. - R.T., nº 1, 1946. pags. 13 y 14.

(2) Ob. cit. pag. 19.

(3) En Sécurité Sociale. Presses Universitaires de France. París. 1972. pag. 13.

daridad realizada por la redistribución de la renta nacional"(1) VENTURI, que trata de encontrar una significación restringida del concepto, concluye que es "garantía del individuo frente a las vicisitudes de la vida, frente a las consecuencias dañosas que derivan de los eventos cuyo acaecimiento es incierto, o incierto el tiempo en el cual ha de verificarse" (2). La lista sería interminable, por lo que baste una última consideración para nuestro objeto: en los manuales españoles de Seguridad Social se clasifican los conceptos doctrinales de aquella en función del contenido, y sólo de él (3).

- (1) En La politique contemporaine..., cit. pag. 164, añadiendo que "es la economía del país, tomada en su conjunto, la -- que soporta esta carga... Hay siempre, de una parte, un -- servicio público funcionando en provecho de la colectivi-- dad entera, cuyos gastos son asumidos por la colectividad, y, por otra parte, y sobre todo, una distribución por vía de la renta nacional". (idem).
- (2) I fondamento scientifici della Sicurezza Sociale. Milano. Dott. A. Giuffrè-Editore, 1954, pag. 264.
- (3) Así, en ALONSO OLEA, Instituciones de Seguridad Social, -- que propone el siguiente tríptico: a) concepción amplísima en la que incluye a los autores para los que la Seguridad Social implica todas las medidas contra todos los riesgos individuales que emanan de existir y convivir; b) concep-- ción intermedia, que incluye la previsión social, más algu-- nas medidas de asistencia y política social; y c) concep-- ción restringida, que es la del propio autor, como remedio de las consecuencias económicas desfavorables de los ries-- gos laborales, o que afecten a personas ligadas al mundo - del trabajo. (pags. 22). Y ALMANSA PASTOR (en Derecho de la Seguridad Social, Vol. I. Ed. Tecnos Madrid 1973, pags. 69ss) recoge, desde una perspectiva política, los siguientes gru-- pos: a) como política en general, que se identifica con el orden y la seguridad pública, comprendiendo desde los ries-- gos de concreción individual, afectantes a todos los ciuda-- danos, hasta la seguridad interior y exterior del Estado; b) como política económico-social, que se reduce a la conser-- vación del orden mediante el desarrollo de funciones inter-- nas del Estado (actividad para los fines relativos al bien-- estar físico, económico y espiritual de la población) y des-- de una perspectiva jurídica distingue: a) concepción preté-- rita o limitada, que identifica la Seguridad Social con la Previsión y los Seguros Sociales; b) Futura o asistencial, como instrumento específico protector de todos los indivi-- duos y de todas las necesidades sociales, y c) contributiva o presente que protege las necesidades sociales delimitadas por la ley.

No es de este lugar una crítica de las concepciones de la Seguridad Social en función del contenido, aunque más -- adelante expresemos, inevitablemente, nuestra propia posición, ya que nuestro propósito se limita a señalar como casi todas -- las definiciones de la Seguridad Social quedan anuladas en esta perspectiva incompleta, resbalando en el terreno movedizo -- de lo teleológico, que se confunde siempre con las variables -- alternativas políticas en razón de la coyuntura y del país.

2º.- Una parte de los autores, aunque más reducida, destaca el aspecto jurídico de la Seguridad Social, su carácter de institución jurídica, o el hecho de que se integra por una o varias relaciones jurídicas, o de su radical diferencia frente a las medidas de beneficencia o asistencia, que se sitúa en el derecho subjetivo a favor de los beneficiarios de la Seguridad Social, mientras que en aquellas otras medidas solo se encuentra un interés simple, o una expectativa de Derecho.

Las formulaciones son muy diversas y carecen de un denominador común que no sea el de elevar a elemento de la definición la existencia de esta calificación jurídica. ALONSO GARCIA postulaba la distinción entre el presupuesto de hecho de la Seguridad Social que "es, precisamente, la inseguridad personal"... y la Seguridad Social misma, pues "cualquiera que -- sea el hecho originario, el Derecho ha de admitir unas situaciones producidas por esos hechos y subvenir a las mismas tratando de paliar jurídicamente las consecuencias de una inseguridad, que es, justamente, lo que se trata de eliminar" (1).

- - - - -

(1) Vid. del autor La estabilización jurídica de la Seguridad Social. RISS, nº 1 (1960), pag. 18.

ENZO CATALDI, aunque refiriéndose a la Previsión Social, habla igualmente de instituto jurídico para cada seguro social (1) y MARTI BUFILL define a la Seguridad Social como -- "un derecho general de garantías contra los infortunios sociales que alcanzan a todos los seres humanos" (2).

La difusión de esta perspectiva jurídica ha avanzado en los últimos años, pero con notables restricciones, pues permanece acantonada en el título de las obras que los juristas -- dedican al tema (Il sistema giuridico della Previdenza Sociale; Estudios Jurídicos de Previsión Social...) y sin que se eleve a elemento fundamental del concepto, y por lo tanto permanece -- como una simple perspectiva de estudio, legítima entre otras -- (económica, sociológica...). Por otra, no se ha introducido -- una categorización real de la ontología jurídica de la Seguridad Social, y los autores se han mostrado más preocupados por adjudicar la parcela referida al Derecho del Trabajo o al Derecho Administrativo, que por señalar que la Seguridad Social es, antes que nada, un Derecho estatal, sin que sea comprensible -- olvidando esta cuestión.

3º.- Una parte de la doctrina clásica de los Seguros Sociales había erigido como elemento definitorio un impreciso sujeto colectivo.

(1) "El instituto jurídico a través del cual el sistema de la previsión social persigue los propios fines es el seguro social adaptando las características del esquema asegurativo privatístico a las particulares exigencias de la propia acción, orientación y finalidad social". (En Il Sistema Giuridico delle Assicurazioni Sociali. Cedam. Padova, 1959, pag. 37).

(1) Citado por ALONSO GARCIA, ob. cit. pag. 17.

POSADA (1) subrayaba ya hace muchos años como mediante los Seguros Sociales la colectividad, al suprimir situaciones de miseria, evitaba su propio quebranto. Y en la definición que dimos más arriba de P. DURAND aparecía también la referencia a la colectividad. No obstante, la definición más clara en este sentido se debe a BLANCO RODRIGUEZ y LARAÑA PALACIO, los cuales definen la Seguridad Social como "la situación de bienestar mínimo que la sociedad debe garantizar a sus miembros, - según la especial posición alcanzada por ellos cuando la pérdida de la retribución o el aumento de las necesidades familiares impide el cumplimiento de los fines que le son propios"(2). Debe tenerse en cuenta que para estos autores el término sociedad se utiliza como antitético del Estado, y no por pura imprecisión terminológica (3), y estos autores no hacen, en realidad, sino recoger la larga tradición no intervencionista en materia de Seguros Sociales.

4ª.- Una línea ininterrumpida de autores destaca, de forma más o menos clara, el papel del Estado.

Ya en 1934 escribía INOCENCIO JIMENEZ que "es Seguro Social el que el Poder Público regula, protege y controla ..(4) y LARAÑA y LEGUINA poco después, que es "un servicio público, por virtud del cual el Estado impone al asegurado o a terceras

(1) en Los Seguros Sociales Obligatorios en España. Revista de Derecho Privado, 1942.

(2) en Precisiones, cit. pag. 575.

(3) En efecto, en otro lugar del mismo trabajo afirman, refiriéndose a las fórmulas de diferenciación entre la Seguridad Social y los Seguros Sociales que "entre los accidentes externos que han contribuido a la artificial diferenciación, influye también poderosamente la coetaneidad que se observa entre la "no intervención" estatal seguros sociales, y el franco intervencionismo que, como presupuesto básico en el orden material se registra en cuanto a los planes de Seguridad Social en todas las naciones" (idem. - pag. 570)

(4) en El Seguro Social y el Privado. Pub.I.N.P. Madrid 1934. pag. 245.

personas ligadas con él..... determinadas prestaciones, generalmente exigibles en forma obligatoria" (1). Una vieja definición en el mismo sentido es la de ALTMEYER, para el cual la Seguridad Social, en sentido estricto, "it means concerted effort by citizens through their governments to assure freedom from physical want and the fear of want by the assurance of continuing income sufficient to provide food, shelter, and clothing, and by the assurance of adequate health services and medical care" (2).

Actualmente, se trata de una idea perfectamente aceptada en la doctrina española, pero el desarrollo fundamental de la idea se encuentra en el italiano PERSIANI (3), por lo que estudiamos más detenidamente su construcción.

El mérito de PERSIANI no consiste tanto en el reconocimiento del papel esencial del Estado en la Seguridad Social, lo que ya habían hecho eventualmente otros autores, cuanto en la construcción global de la Seguridad Social (y sobre todo de

-
- (1) en Apuntes para la determinación de un concepto de Seguro Social, "Moneda y Crédito", marzo 1945. citado por SALVADOR BERNAL MARTIN, Seguros Sociales y Seguridad Social. -- R.T., nº 3, 1952, pag. 246.
 - (2) Definición recogida en el Cuaderno nº 3 publicado por la Conferencia Interamericana de Seguridad Social, cit. p. 17.
 - (3) Las ideas de PERSIANI han sido introducidas en España por VIDA SORIA y BORRAJO DACRUZ, aunque éste último mantuvo con anterioridad puntos de vista originales e independientes de aquél. El primero tradujo al castellano la obra principal de aquél Il Sistema giuridico della Previdenza Sociale, -- que va precedida en su edición española de un profundo "Estudio preliminar" no suficientemente valorado por la doctrina. Las referencias a la obra de MATTIA PERSIANI que siguen se entenderán hechas a la publicación en castellano -- El Sistema jurídico de la Previsión Social, I.E.A.. Madrid. 1965.

la Previsión Social, que junto con la Asistencia, constituyen, para el autor, aquella) alrededor de esa idea matriz. Aunque su obra contiene un detenido estudio de los principios positivos vigentes en Italia (y fundamentalmente, el art. 38 de la Constitución) en realidad su construcción parte de la crítica previa a la doctrina unitarista del Seguro Social, demasiado ligada a la teoría del Seguro Privado, que le lleva a la adopción de una teoría escisionista en la que se distinguen una relación jurídica de previsión independiente de la relación jurídica de cotización, ya que no media entre ellas sinalagma genético ni funcional. El vínculo unitario del complejo de relaciones jurídicas de la Seguridad Social es, precisamente, el Estado, que "reconoce como fin fundamental, la garantización de un mínimo de subsistencia para cada ciudadano" (1) de modo que la actividad desplegada por el Estado en ese orden no sólo "está expresamente prevista como tal por la Constitución", sino que "representa una característica esencial del sistema de la Seguridad Social, según los principios político-sociales que constituyen su fundamento" (2). De donde se llega a la definición de la Seguridad Social en función del papel del Estado y de su intervención a través de la Administración Pública (3).

El Estado resulta así "obligado no solo a disponer la disciplina legislativa y las instituciones en la previsión --

-- -- -- -- --
(1) El Sistema jurídico.... cit. pag. 59

(2) ob. cit. pag. 62.

(3) "aquéel complejo sistema a través del cual la Administración Pública u otros entes públicos realizan el fin público de la solidaridad por medio de la distribución de prestaciones de bienes (en dinero o en especie) y de servicios, a los ciudadanos que se encuentran en situaciones de necesidad por causa de la verificación de determinados riesgos" (ob. cit. pag. 64).

social, sino ligado por un vínculo directo respecto del posible beneficiario de la previsión,..... no se compromete simplemente a realizar la previsión en el marco legislativo e institucional, sino a liberar efectivamente a los sujetos protegidos de las necesidades materiales en que vinieran a encontrarse. La previsión es fin público, directo del Estado, el cual ha de responder directamente de su realización; toda medida jurídica de esta naturaleza responde a (y, en consecuencia, tiene que ser considerada en función de) la actuación estatal de un fin que le es propio" (1).

No vamos aquí a resumir el conjunto de desarrollos -- que las ideas de PERSIANI tienen en su propia obra y con posterioridad en otros autores influenciados por su doctrina. -- Bástenos constatar que las ideas del autor constituyen hoy un punto de partida generalmente admitido y sobre el que se entiende que no procede la discusión (2), aunque todavía se produzca alguna opinión en sentido contrario (3) que, por aislada, no merece mayor atención.

-
- (1) VIDA SORIA. Estudio Preliminar cit. pag. 17. El texto -- transcrito resume mejor de lo que podríamos hacerlo la posición del Estado en la doctrina de PERSIANI.
 - (2) Así, en el Manual de DE LA VILLA y DESDENTADO se lee que "en las relaciones de Seguridad Social el Estado es el principal protagonista, en cuanto sujeto activo comprometido a garantizar el cumplimiento del objeto de aquellas" o bien que "la seguridad social es una función indelegable de los Estados contemporáneos" (cit. pag. 23) mientras que ALMANSA la define como "instrumento estatal específico protector de necesidades individuales y colectivas a cuya protección preventiva, reparadora y recuperadora, tienen derecho los individuos en la extensión límites y condiciones que las normas dispongan....." (ob. cit. pag. 77).
 - (3) vgr. F. GARCIA ORTUÑO, Seguros Privados y Seguridad Social Ministerio de Trabajo, Madrid 1976.

II.- POSICION QUE SE ADOPTA.

Naturalmente, nuestra posición se encuentra ligada -- con las ideas sustentadas por este último grupo de autores, y fundamentalmente PERSIANI, para los que la característica --- esencial de la Seguridad Social es la de ser una determinada función o actividad estatal.

Ahora bien, estimamos que para llegar a esa afirma--- ción hay que recorrer todo un iter teórico y lógico que la -- doctrina no ha recorrido, por lo que, en primer lugar, propo- nemos una investigación en ese sentido, y sólo después trata- remos de constatar si nuestros textos constitucionales recono- cen esa dirección.

II.1. Configuración teórica de la Seguridad Social como fin del Estado.

Casi todas las posiciones teóricas que definen a la - Seguridad Social -exclusiva o principalmente- en razón de - su contenido y fines, están de acuerdo en señalar -como par- te o como todo- que aquél radica en subvenir a determinadas situaciones de necesidad o inseguridad, que devienen de cier- tos riesgos o eventos.

La noción clave es, precisamente, la que evocan los - términos de la antítesis seguridad-inseguridad. Aunque el tér- mino seguridad es entendido hoy corrientemente por los juris- tas desde la óptica de la "seguridad jurídica" (como garantía de la esfera mínima de libertades formales) aquí se propone - una utilización casi contrapuesta del término, como seguridad económica o vital, aunque como se verá después, la Seguridad Social sería, precisamente, una seguridad jurídica para la -- esfera económica o patrimonial del individuo.

Si se parte de la idea genérica de una seguridad económica o existencial, será posible una distinción inmediata entre las formas o actividades que conducen al mismo fin, separando aquellas cuya procuración responde a la iniciativa del individuo o el grupo social (seguridad autónoma; en la que cabría incluir, entre otras fórmulas, el ahorro, la constitución de capitales productores de renta, la solidaridad familiar o profesional, Mutualidades.....) y la seguridad independiente de la iniciativa individual o de su consentimiento (seguridad heterónoma o externa).

Una distinción paralela permite diferenciar entre la seguridad derivada de la situación en que se encuentra el individuo en un momento dado (seguridad fáctica: nivel de desarrollo y bienestar de una sociedad; posición de grupo social, familia, clase....), de la seguridad que proviene de la norma establecida por el Estado con esa finalidad directa (seguridad jurídica: prohibición de despido libre; limitaciones de la libertad contractual....).

Aquí nos interesa fundamentalmente esta última clase de seguridad que es, necesariamente además, seguridad heterónoma o externa (si bien no sea cierta la proposición contraria, ya que la seguridad heterónoma puede ser actuada desde fuera sin dar lugar a relaciones jurídicas cuyo fin inmediato sea la seguridad).

Una aproximación a las medidas de seguridad heterónomas muestra que se trata de un género conteniendo especies distintas cuyo elemento común es su origen estatal. Pues no es lo mismo la intervención del Estado que se limita a obligar al cumplimiento de una obligación contractual, que la intervención que limita la libertad contractual en favor de la parte más débil (prohibiciones y limitaciones en arrendamien-

tos; prohibición de resolución unilateral del contrato de trabajo....), o la intervención que consiste en declarar legislativamente la responsabilidad de una persona por hechos que -- afectan al patrimonio de un tercero (la histórica del empresario en el accidente de trabajo). En el primero de los supuestos, el Estado se limita a sancionar el principio jurídico de que el contrato constituye fuente de obligación jurídicamente exigible: no hay, por lo tanto, una intervención propiamente dicha, pues se está en el terreno de la seguridad jurídica en su sentido clásico-formal. En los otros dos, por el contrario, el legislador excepciona los principios jurídicos generales a favor de la parte más débil, interviniendo así en defensa de su seguridad material. En ambos, el dato común es que el Estado se limita a establecer una disciplina normativa, aunque -- sea exorbitante, que afecta a las relaciones interprivatos. Se trata, pues, de supuestos de intervención normativa, es decir, de medidas heteronómicas de seguridad material que consisten en la reglamentación especial de las relaciones privadas que, de no establecerse la correspondiente reglamentación exorbitante, pudieran eventualmente generar situaciones de inseguridad o necesidad para una parte de los sujetos de esas relaciones.

Pero existen todavía otra clase de supuestos de medidas heteronómicas que implican un "plus" en relación con las de intervención normativa, en los que, junto a una posible reglamentación de las relaciones privadas, existe el compromiso por parte del Estado de asumir las obligaciones correspondientes para el caso de que se produzca la situación de necesidad, en que el Estado se compromete a realizar las prestaciones -- concretas -- económicas o en especie, o de actividad -- para -- subvenir a tales situaciones, o a garantizar, cuando menos, -- su realización (1). Supuesto en el que, por encima de cualquier

(1) La distinción recuerda, aunque su contenido es distinto,

otra consideración, existe una relación jurídica en la que el Estado es deudor de seguridad frente a un acreedor dotado de derechos subjetivos, el beneficiario potencial que se encuentre en la situación de necesidad en cada caso concreto. Su--- puesto distinto, por lo tanto, de aquellos en que el Estado - actúa a través de entes o establecimientos públicos en ayuda del menesteroso que carece de derecho subjetivo a tal ayuda.

Estamos, pues, ante una intervención que no es sim--- plemente normativa constrictora de las relaciones privadas li bres, sino que se caracteriza, fundamentalmente, por el hecho de que el propio Estado "se obliga" respecto de los ciudada-- nos, a que les sean hechas efectivas las prestaciones preci-- sas para subvenir a las situaciones de necesidad en que pue-- dan encontrarse, esto es, ante una intervención directa y rea- lizadora del Estado, que tiene que poner en juego no sólo a - los poderes legislativo y judicial, sino también a la propia Administración, a la que corresponde la satisfacción del inte-- rés general.

Hemos llegado a un punto en el que, sin necesidad de más detalles, podemos intentar encuadrar la Seguridad Social, para lo que es obvio que es preciso un mínimo de convención - tanto sobre la terminología como sobre el contenido.

Habrá que reconocer, desde luego, que la Seguridad -- Social pertenece al conjunto de las medidas heteronómicas, que no estamos ante la Seguridad Social cuando se trata de medidas como el ahorro individual, o como la contratación particular

- - - - -

a la formulada por la doctrina alemana entre la Administra-- ción meramente intervencionista (Eingriffsverwaltung) y la Administración como soporte de prestaciones (Leistungsver-- waltung).

de un seguro privado. Ni hay dificultades para admitir que la Seguridad Social pertenece al campo de la seguridad "jurídica" frente a la seguridad fáctica que cada sociedad promueve para sus ciudadanos. El terreno de la transacción comienza, sin duda cuando -dentro de las intervenciones estatales- se pasa a las acciones normativas del Estado que tienen un fin concreto de seguridad. Entendemos que el término Seguridad Social -debe reservarse para las intervenciones directas que, más allá de lo normativo, implican al Estado y a la Administración Pública, y de hecho ésto es lo que tradicionalmente ha venido -haciendo la doctrina que admite una concepción estricta de la Seguridad Social. Se trata, por lo demás, de una exigencia --científica que postula diferenciar dos supuestos de intervencción completamente distintos desde el punto de vista jurídico lo que no quiere decir que, desde el punto de vista político, las acciones deban ser completamente independientes y descoordinadas. Un ejemplo aclarará lo dicho: piénsese en el caso --del desempleo. A la intervención "normativa", y solo normativa, corresponderá introducir las restricciones que se entiendan convenientes a la libertad de despido del empresario, con lo que se está protegiendo innominadamente a los trabajadores contra el riesgo del desempleo. A la intervención que denominamos Seguridad Social le corresponde otorgar las prestaciones correspondientes a quienes, a pesar de las medidas de intervencción normativa que implican un mínimum de seguridad, se encuentran en la situación de necesidad concreta. Ahora bien, por lo mismo que ambas clases de medidas son diferenciables -jurídicamente, hay que admitir su mutua interdependencia desde un punto de vista práctico, pues el número de desempleados aumentará si no se adoptan las adecuadas medidas al nivel de intervencción normativa, lo que demuestra la necesidad de conexión y coordinación de los distintos órganos responsables de las medidas de política social.

En conclusión, pues, la Seguridad Social puede ser -- configurada en contraste con las restantes funciones y medidas de seguridad, ya que:

- 1) Se trata de medidas heteronómicas, impuestas por el Estado, e independientes de la voluntad de los afectados, que aquél - asegura en su exacto cumplimiento, en último término, con independencia de los medios y posibilidades concretas que para ello posean las entidades u órganos intermediarios que, en su caso, intervengan en su administración o gestión.
- 2) Se trata de medidas de naturaleza "jurídica", en el sentido de que otorgan verdaderos derechos y obligaciones a los sujetos que intervienen en las distintas relaciones -igualmente jurídicas- de Seguridad Social, lo que separa la Seguridad Social de otras actividades del Estado o del individuo con la misma finalidad (ayuda caritativa o benéfica, intervenciones en la economía para consolidar el pleno empleo....) pero que no generan derechos subjetivos.
- 3) Se trata de medidas que han de traducirse en actividades de prestación de entes y organismos de la Administración o por ella controlados, lo que diferencia a la Seguridad Social de las medidas para asegurar la existencia que, teniendo carácter jurídico, carecen del matiz diferencial de no traducirse en actividades de prestación (limitaciones en contratos de -- arrendamiento y trabajo....).

De acuerdo con lo anterior podemos conceptualizar a la Seguridad Social como la seguridad jurídica de la esfera económica de subsistencia individual, impuesta y garantizada por el Estado y para cuyo cumplimiento se dispone por el mismo de un conjunto de actividades de prestación a otorgar como derecho al individuo que resulte afectado por las contingencias - que el propio Estado delimite en cada caso.

Es posible que tal definición encuentre la crítica de cierta doctrina partidaria de nociones muy amplias de Seguridad Social, y para la cual es posible que nuestra definición padezca de excesiva restricción en cuanto al contenido de aquella, o que no permita una adecuada diferenciación respecto de los Seguros Sociales.

Apresurémonos a señalar que no compartimos la visión amplia de la Seguridad Social en la que caben cuantas medidas de política social, económica o general pueda tomar el Estado (1), pero señalemos además, que nuestra definición de Seguridad Social no se refiere al contenido de la Seguridad Social, que podrá ser más amplio o más estricto que el de los Seguros Sociales, sino a la forma de intervención del Estado. En este sentido, si con la denominación formal de Seguros Sociales el Estado interviene más allá de una pura intervención normativa es que está realizando, a su través, una auténtica política de Seguridad Social. Si, por el contrario, el Estado se limita a establecer normativamente la responsabilidad de un tercero, o incluso la obligación de asegurar esa responsabilidad, pero sin adquirir ninguna obligación propia, no nos encontramos ante medidas de Seguridad Social, sino ante otra clase de medidas de seguridad distintas. Ahora bien, el contenido concreto de la Seguridad Social no es elemento conceptual decisivo, sino algo variable en función del país y la coyuntura histórica, de donde un sistema de Seguridad Social puede limitarse a una simple articulación y coordinación de los Seguros Sociales preexistentes, o puede incluir igualmen-

(1) La crítica de DUPEYROUX a tales concepciones amplias, -- que amenazan con disolver la Seguridad Social por evaporación, nos ahorra, por conocida, una crítica propia de tales posiciones doctrinales (vid. Droit de la Sécurité Sociale. cit. pags. 18 y ss.)

te otras medidas no tradicionales como los Servicios Sociales o la prevención. Pero hay que estar avisados de que cualquiera de estas medidas encomendadas a instituciones de Seguridad Social, no serán sin embargo Seguridad Social ellas mismas -- (si carecen de alguno de los requisitos establecidos para ello), sino simples medidas de política social encomendadas por razones de conveniencia a la propia Seguridad Social institucional (1).

Nuestra delimitación conceptual no es una pura abstracción lógica sino que coincide, por lo demás, con el sentido de la evolución histórica que ha recorrido un largo camino desde la seguridad autonómica a la intervención heteronómica del Estado. De modo que en el terreno de la seguridad el tránsito del Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho, es el tránsito del Estado garantizador de la seguridad jurídica al Estado garantizador de la seguridad material (2), de la esfera económica mínima de la subsisten--

- (1) Es el caso de los Servicios sociales encomendados a la Seguridad Social española, en cuanto que sus prestaciones no constituyen derechos subjetivos de sus potenciales beneficiarios.
- (2) La construcción de FORSTHOFF de la Administración Pública como servidora de una idea general de Daseinvorsorge (procuración de la asistencia vital o de prestaciones vitales, frente a la idea liberal que reduce su acción a la seguridad y el orden) y su configuración como una leistende Verwaltung (actuación para la prestación inmediata o mediata de bienes y servicios) se aproxima a nuestra configuración de las medidas heteronómicas de seguridad material. Sin embargo, el eminente jurista no llega a las mismas conclusiones, lo que se explica por la distinta intencionalidad que le guía en su ambición por juridificar todo un nuevo sector de la Administración Pública. Es interesante, con todo, la utilización de algunos conceptos doctrinales del autor para confrontar la utilidad de nuestra propia teoría. Así, la distinción de FORSTHOFF entre "espacio o ámbito vital dominado o de señorío" y "el ámbito o espacio vital efectivo" (en *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, ---

cia individual conforme al nivel que en cada momento social--
mente se considere como tal. Y el último estadio de ese inter

- - - - -

../..

págs. 25 y ss.) que sirve para contraponer las situacio--
nes de seguridad del individuo en el antiguo régimen y en
la actualidad, y parecen otorgar a la Administración el -
papel de procuradora de un ámbito vital efectivo siempre
creciente. Nuestra posición conduce a una conclusión del
todo diferente, pues la Seguridad Social sería la restau-
radora, o si se quiere, el sustitutivo, del antiguo "ámbi-
to vital dominado o de señorío", ya que mediante ella el
Estado (y la Administración actuante) van a garantizar --
una seguridad material, pero van a hacerlo jurídicamente,
y no mediante la simple creación de bienes y servicios --
(lo que hace referencia a una mejora general del ámbito -
de seguridad fáctica, pero no a la garantía, ni jurídica
ni efectiva, del ámbito de seguridad propio de cada ciuda-
dano). La expresión de FORSTHOFF, conforme a la cual "ya -
no puede ser considerada suficiente la técnica de determi-
nadas formas jurídicas para asegurar la necesaria canti-
dad de libertad individual en relación con la justicia so-
cial y para caracterizar al Estado como Estado de Derecho
sino que es necesario recurrir a la vinculación a princi-
pios jurídicos fundamentales de carácter material", en---
cuentra su consagración real, precisamente, a través de -
la técnica de la Seguridad Social que implica una auténti-
ca vinculación del Estado, y no sólo una habilitación de
la Administración Pública.

La configuración amplísima del concepto de Daseinvor-
sorge del autor se encuentra sintetizada en su "aformali-
dad", lo que significa que no existe un género único de -
prestaciones vitales, ni por su contenido ni por su forma,
lo que acerca tal concepto al conjunto de medidas hetero-
nómicas de seguridad vital conforme a nuestro esquema ter-
minológico. (No es de este lugar un desarrollo más amplio
de las ideas del autor que pueden seguirse en su Tratado
de Derecho Administrativo, traducción castellana, 1ª Edic.
I.E.P. Madrid 1958, y en otras obras del autor: Die ---
Daseinvorsorge und die Kommunen, Köln-Marienburg, 1958 y
Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart, 1959).

vencionismo lo constituye, precisamente, la garantía jurídica de esa esfera económica (1).

-
- (1) No es éste el lugar para hacer una historia de las medidas autonómicas y heteronómicas de seguridad. La sola bibliografía del tema ocuparía más de lo deseable. Debemos remitirnos, pues, a los distintos Manuales y obras monográficas sobre la Seguridad Social y los Seguros Sociales, que abundan en sus capítulos introductorios en el tema de los precedentes. Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos recordar, además, algunos títulos básicos de la bibliografía española y extranjera: BAYON CHACON, C.: Pasado, presente y futuro de la Seguridad Social. Madrid, 1964; PESO Y CALVO, C. del: De la protección gremial al vigente sistema de Seguridad Social. Madrid, 1967; PRIETO ESCUDERO, G.: Política Social y Previsión Pre-Integral. Madrid, 1974. RUMEU DE ARMAS: Historia de la Previsión Social en España. Pub. --- I.N.P., Madrid, 1944; SUAREZ GONZALEZ, F.: Los orígenes de la Seguridad Social. Madrid, 1963; VIÑAS Y MEY: España y los orígenes de la política social (Las Leyes de Indias). Madrid, s.f.; BLANCO RODRIGUEZ, J.E.: Liberalismo y neoliberalismo ante la planificación de la Seguridad Social, en R.P.S. nº 66, y La teoría de la Previsión Social española en sus iniciadores (1900-1936). En C.P.S. nº 18, Madrid 1953. MUT REMOLA, E.: Evolución de la Seguridad Social en España en RISS, nº 5, 1972. Una referencia mínima de autores y -- obras extranjeros resultaría pretencioso, no obstante lo -- cual nos permitimos citar algunas de las que estimamos más importantes: ALEXANDER, F. y otros: Genèse du Droit Social au cours du XIX^e siècle. Bruxelles, 1963; ALTMAYER, A.J.: The Formative Years of Social Security. Wisconsin 1966; -- BERNABO-SILORATA, G.: Genesi e sviluppo della Mutualità e delle Assicurazioni Sociali. Torino, 1928; CORSON, J.B.: History and Development of Social Security; CHERUBINI, A.: Fondamenti storici del sistema previdenziale. Milano, Dott. A. Giuffré, 1957; DESENTIS, A. La historia de la inseguridad, la seguridad social y los seguros sociales. México, -- 1951; HERNANDEZ, S.: Lezioni di Storia della Previdenza -- Sociale. Padova, Cedam, 1972; MOLES, R.: Historia de la -- Previsión Social en Hispanoamérica. Buenos Aires, 1962; -- CORDY, A.: Les grandes étapes du developpment de la legislation sociale, en R.B.S.S. Bruxelles 1967; DURAND, P.: -- La política de Seguridad Social y la evolución de la sociedad contemporánea, en RISS, Madrid 1953; LAUBIER, Patrick: La intervención del Estado y la política social desde la -- Revolución industrial, en S.S., Mexico 1973. nº 73.

II.2. La Seguridad Social española como función del Estado.-

Antes se ha llegado a la conclusión de que la Seguridad Social, en abstracto, presupone la esencial vinculación -- del Estado respecto de un conjunto de medidas o prestaciones -- vitales. De donde la frase que encabeza esta rúbrica parece -- improcedente, pues si, por definición, la Seguridad Social es una función del Estado, y no puede ser de otro modo, es evidente que la Seguridad Social es una función del Estado español. Pero no se trata de un juego de palabras: de lo que ahora queremos tratar es, antes que nada, de si lo que la ley y la doctrina denominan sistema español de Seguridad Social es, verdaderamente, Seguridad Social o una cosa distinta. Y esto solo se constata, al analizar los textos legales que contienen el compromiso estatal en la materia.

1.- La primera cuestión parece que debe de ser respondida --- afirmativamente, no solo porque la reiteración legal y doctrinal en hablar de Seguridad Social es notoria --y hay que suponer que ese consenso unánime es significativo- sino porque -- además las medidas que se articulan en nuestro Derecho positivo, o al menos una parte de ellas, responden a las exigencias -- necesarias y suficientes para que se pueda hablar de Seguridad Social conforme a la definición que antes hemos dado de ella (medidas heteronómicas, impuestas por el Estado, y cuyo cumplimiento éste asegura; que se estructuran como auténticas relaciones jurídicas, generando un derecho subjetivo a la prestación; y que se traducen en una actividad de la propia Administración como soporte de tales prestaciones....).

En tales circunstancias la pregunta sería desplazable a otro plano, para cuestionarse si tales medidas de Seguridad Social constituyen o no un auténtico Sistema (1).

(1) La respuesta afirmativa se encuentra recogida en BORRAJO, Los principios de la Seguridad Social y sus realizaciones en el sistema español vigente, R.I.S.S., nº 2, 1970, a pesar de las reservas que hace en cuanto al principio de la

Y aunque con frecuencia se deslizan críticas sobre las carencias de nuestro sistema de Seguridad Social (en general, en prensa no especializada) se está pensando que es un verdadero sistema, con todos sus defectos. Sobre dos puntos concretos se centran tales críticas, en general:

1º.- La deficiente participación estatal en la financiación de la Seguridad Social, en comparación con la práctica de otros países. Esta objeción es importante porque si el Estado se desentiende de los medios de financiación de la Seguridad Social es que él no garantiza realmente aquella. Digamos ahora brevemente, pues este punto se desarrolla más extensamente en otro lugar (1), que legalmente está configurada la aportación estatal como uno de los medios de financiación de la Seguridad Social (art. 51 L.G.S.S.) y preceptuado, además, que dicha aportación debe ser progresiva. Las objeciones deben ser referidas, pues, al cumplimiento o incumplimiento de un precepto legal que, en cuanto tal, no vincula al Parlamento, al carecer de rango constitucional. Pero sobre todo, que no es cierto que el Estado se desentienda de la financiación de la Seguridad Social, puesto que los medios financieros con que ésta cuenta son, precisamente, los que el Estado le asigna mediante el establecimiento de las correspondientes obligaciones tributarias, afectas a su fin concreto. La crítica podrá tener su validez, pues, en el terreno político, pero carece de relevancia desde el punto de vista jurídico.

../..

progresiva financiación estatal, más en el terreno real, - que en el legislativo. Una exposición de los principios -- reales de inspiración del sistema español en M. ALONSO --- OLEA, Sobre los principios cardinales del Proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo. Madrid, 1974.

(1) vid. pags. 154 y ss.

2º.- La inexistencia del principio de automaticidad de las prestaciones, con lo que el derecho a las mismas es consecuencia - de una contraprestación, la cotización, y por lo tanto, no --- existe un derecho público subjetivo frente al Estado, nacido - del simple hecho en que consiste la situación de necesidad.

Esta es, sin duda, la objeción más importante que cabe hacer a nuestro sistema en cuanto tal, pero conviene, no -- obstante, y sin perjuicio de que se acepte la objeción en sus líneas generales, hacer algunas precisiones:

a/ En primer lugar, que el sistema español incluye supuestos en los que no es necesario el cumplimiento previo de - la obligación de cotizar para tener derecho a prestaciones, en los que, por tanto, existe automaticidad, aunque hay que reconocer que, hoy por hoy, son minoritarios: en contingencias derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional y --- desempleo y asistencia sanitaria por accidente no laboral.

b/ La inexistencia de automaticidad no quiere decir -- siempre existencia de contraprestación. Así, todos los sujetos pueden estar obligados a aportar la fracción de cuota para el régimen de protección a la familia, aunque carezcan de cargas familiares, y los empresarios están obligados a cotizar aunque no son beneficiarios de las prestaciones de la Seguridad Social.

c/ Lo anterior es indicativo de que en el sistema español cabe mantener la inexistencia de sinalagma genético y funcional entre las relaciones de cotización y prestación. La --- inexistencia de sinalagma genético resulta clara, en nuestro - ordenamiento, supuesto que las obligaciones de cotizar y de satisfacer las prestaciones no nacen del mismo hecho (la obligación de cotizar tiene su nacimiento por determinación legal -- respecto de quienes se encuentren en determinada situación co-

mo sujetos de una relación laboral o como titulares de una actividad empresarial; la de pagar las prestaciones nace con la producción de los eventos tipificados como situaciones de necesidad protegibles). Otro tanto cabe decir en cuanto a la inexistencia de sinalagma funcional, pues aparte de los supuestos de automaticidad, en que ello es evidente, la subordinación del derecho a una prestación respecto al cumplimiento de la obligación de cotizar, no implica la relación recíproca: esto es, es obligatorio cotizar aunque ni siquiera se tenga la posibilidad de causar o beneficiarse de una prestación (1).

Concluamos diciendo, pues, que la inexistencia del principio de automaticidad de las prestaciones como regla general, no quiere decir que el sistema español de Seguridad Social no sea tal, aunque haya que reconocer como deseable la plena incorporación de ese principio a nuestro sistema.

2.- El análisis de los textos legales que fijan la posición del Estado en materia de Seguridad Social debe realizarse en los dos niveles: el de la legislación fundamental o constitucional, de una parte, y el de la legislación ordinaria de otra.

(1) Sobre el tema de la sinalagmaticidad prestaciones-cotización, vid. M. PERSIANI, El Sistema Jurídico..., cit. pags. 110 y ss. Nuestra Jurisprudencia aparece dividida al respecto: la Sentencia de la Sala 6ª de 13.3.1971 (arz. 1082), declara que "el pago de las cotizaciones no constituye una correlación sinalagmática en sentido estricto..", mientras que en la de 20.3.1971, declara la misma Sala que "no puede olvidarse que según los principios en que se desarrolla nuestra ley de seguridad social aparecen aún conectadas y en relación económica y jurídica las prestaciones de dicha seguridad social y las correspondientes cotizaciones o abono de cuotas como si de aseguramiento se tratara" (cit. en DE LA VILLA-DESDENTADO, Manual, cit. pag. 205).

Por lo que se refiere al nivel constitucional debe recordarse que aunque la intervención estatal se remonta a 1900 (primera ley de Accidentes de Trabajo) el primer seguro social data de 1919 (Retiro Obrero) y sólo en 1931 tuvo lugar la consagración constitucional de esa intervención (1). Tras la Guerra Civil, el Estado ha ido incorporando en sucesivas Leyes Fundamentales preceptos que le comprometen, en mayor o menor medida, en materia de Previsión y Seguridad Social.

Se ha señalado (2) como uno de los problemas que dificultan la exégesis constitucional el hecho de que, en la actualidad, no existe un único texto, sino una pluralidad de Leyes Fundamentales, de las que tres contienen preceptos, simultáneamente, referidos a la Seguridad Social. Estos tres textos -Fuero del Trabajo, Fuero de los Españoles y Ley de Principios del Movimiento Nacional- han sido aprobados en momentos históricos sucesivos -1938, 1947 y 1958- pese a lo cual, y aún cuando tienen terminología y sentido distintos, están simultáneamente vigentes. Recordemos brevemente los preceptos que cada uno de esos textos contiene relativos a la Previsión y a la Seguridad Social:

- -- -- -- --
- (1) Art. 46, 2º: "La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias a una existencia digna. Su legislación regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidentes, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte".
 - (2) Un análisis de los sucesivos textos en M. RODRIGUEZ PIÑERO El Estado y la Seguridad Social, en RPS, nº 61, 1964. La circunstancia de los textos simultáneamente vigentes y con la misma jerarquía normativa se encuentra apuntada en A. DE PEREDA MATEOS, Los Servicios Comunes de la Seguridad Social I.N.P. Madrid, 1972, pag. 23 y 24 y en ALONSO GARCIA, Notas sobre el Fuero del Trabajo, en R.T., nº 2, 1963. Como señala el primero, este defecto técnico "podría haber sido subsanado al llevar a cabo la aprobación de los textos refundidos de las Leyes Fundamentales". (ob. cit. pag. 24). - Un análisis de conjunto en MARIA PALANCAR, La Seguridad Social en el Derecho constitucional español, en R.T., nº 20

2.1. El Fuero del Trabajo obliga al Estado al establecimiento del "subsidio familiar por medio de organismos adecuados" (Declaración III) y contiene igualmente el compromiso de incrementar "Los seguros sociales de vejez, invalidez, maternidad, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, tuberculósis, paro forzoso, tendiéndose a la implantación de un seguro total" mientras que con carácter muy concreto señala que "de modo primordial se atenderá a dotar a los trabajadores ancianos de un retiro suficiente" (Declaración X), y restringe la protección de los seguros sociales a los trabajadores, ya que no otra cosa cabe deducir del nº 1 de la citada Declaración X: "la previsión proporcionará al trabajador la seguridad de su amparo en el infortunio". Aunque quepan otras interpretaciones (1) del Fuero del Trabajo, lo único cierto es que: a) limitaba la protección de lo que denominaba "previsión" a los trabajadores, b) se refiere a la cobertura de riesgos específicos y no a una situación de necesidad o riesgo único, sistema, pues, de seguros sociales y no de Seguridad Social; c) es evidente que, aunque no se diga expresamente, el Estado adquiere una serie de compromisos, pues el sujeto encargado de actuar la "previsión" o de incrementar los seguros sociales no puede ser otro que el Estado.

2.2. El Fuero de los Españoles apenas altera la situación desde el punto de vista constitucional, pero hace expreso el compromiso tácito del Estado que contenía el Fuero del Trabajo al declarar (art. 28) que es "el Estado español" el que "garantiza a los trabajadores la seguridad de amparo en el infortunio".

(1) Fundamentalmente derivadas de la interpretación del término "Seguro total" de la referida Declaración X. vid. DEL PESO Y CALVO: El Fuero del Trabajo y la Seguridad Social, en R.T. 1961. En nuestra interpretación, el "seguro total" expresaba, más bien, la idea de unificación de los seguros sociales.

2.3. La Ley de Principios del Movimiento Nacional (1), se limita a decir que "todos los españoles tienen derecho ... a los beneficios de la asistencia y seguridad sociales" (Pº IX). Se trata de un precepto ambiguo, aunque técnicamente superior a -- los homólogos de los Fueros del Trabajo y de los Españoles, al utilizar expresiones más en consonancia con la terminología de uso común (seguridad social frente a previsión o seguros sociales) y concretar que la garantía del Estado se traduce en un derecho concreto de los beneficiarios. Por el contrario, la -- extensión del ámbito subjetivo que se produce frente a los textos precedentes (de los "trabajadores" a los "españoles") está lejos de resultar clara, pese a lo que ha entendido la doctrina. Por de pronto, el texto no dice qué entiende por Seguridad Social y qué por asistencia, ni si se trata de conceptos necesariamente distintos, dejando así al legislador la tarea de diferenciarlos. Y lo mismo ocurre en cuanto a los beneficiarios. Ciertamente no se habla aquí de los trabajadores, sino de todos los españoles. Ahora bien ¿qué ha querido decir el precepto constitucional?. Pues caben interpretaciones sumamente variadas, desde la más amplia (todos los españoles tienen derecho a la seguridad social y todos tienen derecho a la asistencia social) a la más estricta (sólo tienen derecho a la asistencia social los españoles que no tengan derecho a la Seguridad Social) pero esta última interpretación conduce a admitir la posibilidad de que no todos los españoles tengan derecho a la Seguridad Social, sino solo los que la ley determine en cada momento, interpretación que, sea o no la correcta, es la -- que de hecho ha prevalecido en la ley ordinaria, al diferenciar entre los beneficiarios de la Seguridad Social y los de -

(1) Además de la obra de M. PALANCAR, cit. vid. Principios Sociales de una Ley Fundamental, en C.P.S., nº 39. Madrid -- 1.958.

asistencia social, que incluso hasta muy recientemente se enfrentaban con organizaciones contrapuestas al respecto (1).

El compromiso constitucional resulta así excesivamente oscuro del conjunto de los tres textos examinados, por lo que el único terreno seguro que cabe pisar desde él se reduce a lo siguiente: 1º. El Estado asume el compromiso de la Seguridad Social y de la asistencia social; 2º. Todos los españoles resultan cubiertos en cuanto a sus necesidades, sea por la Seguridad Social o por la asistencia, o por ambas, conforme a las interpretaciones posibles de la L.P.M.N.; 3º. Los trabajadores (en sentido amplio, no sólo los por cuenta ajena) se encuentran protegidos, en todo caso, por medidas de seguro social o Seguridad Social en los riesgos tipificados en el Fuero del Trabajo y Fuero de los Españoles; 4º El Estado aparece como deudor de seguridad, puesto que los españoles tienen un auténtico "derecho" a la Seguridad y asistencia sociales.

Por debajo del nivel constitucional el texto esencial es actualmente la L.G.S.S. (Texto Refundido de dos precedentes: la Ley Articulada de 21 de abril de 1966, que desarrolló la Ley de Bases de 1963, y la Ley 24/1972, de 21 de junio; y de otros textos de menor importancia (2). De sus preceptos desta-

-
- (1) Esta interpretación no es tan condenable, por otra parte, - pues desde un punto de vista lógico habría que preguntarse si todos los españoles tienen derecho a la Seguridad Social ¿cual es entonces el ámbito subjetivo de la asistencia social? Y si ambas tienen el mismo ámbito subjetivo ¿donde se encuentra la diferencia objetiva o material de uno y otro sistema?
 - (2) Hay que destacar que en el Proyecto de la Ley de Bases de la Seguridad Social, tal y como fué remitido por el Gobierno a las Cortes, se iniciaba el número II de la Base preliminar con una tajante, y a nuestro juicio acertada, declaración conforme a la cual "la Seguridad Social constituye función esencial del Estado", pero tal principio fué suprimido en las deliberaciones (sobre el tema LUIS ENRIQUE DE LA VILLA, Las causas de oposición a la Ley de Bases de la Seguridad Social en Diez Lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social. Madrid 1964, pag. 26)

camos a propósito de nuestra indagación los siguientes:

a) El artículo 2º que contiene un compromiso genérico conforme al cual "el Estado español garantiza a las personas - que por razón de sus actividades están comprendidas en el campo de aplicación (de la Seguridad Social) y a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada en las contingencias y situaciones que en esta Ley se definen".

b) El artículo 3º que precisa como funciones del Estado las de ordenación, jurisdicción e inspección.

c) El artículo 51º que incluye el compromiso explícito del Estado de que sus aportaciones serán "progresivas" para la financiación de la Seguridad Social.

Cualquiera que sea el juicio sobre la constitucionalidad o no de la norma, en cuanto que restringe el derecho a la Seguridad Social a los trabajadores ("personas que por razón de sus actividades...."), en lo que se refiere a la posición -- del Estado en materia de Seguridad Social el texto es ortodoxo, pues ratifica y da cumplimiento a los preceptos constitucionales antes examinados (1).

Llegamos así al puerto que era el fin de nuestra primera investigación, concluyendo que: 1º La Seguridad es una fun-

- - - - -

(1) Este es el juicio de VIDA SORIA sobre los preceptos -prácticamente idénticos- de la Ley de Bases (Base Preliminar, nos. II.y III), en Aspecto Jurídico, cit. pags.139 y 140. - Estimamos preferible, no obstante, referir tal juicio al - Texto Articulado (hoy Refundido) habida cuenta de que las Leyes de Bases no tienen aplicación directa en el Derecho español.

ción del Estado; 2º. No hay Seguridad Social sino otra cosa --
distinta, cuando nos encontramos con medidas de protección que
no estén asumidas por el Estado, aunque tales medidas sean ---
objetivamente las mismas y reparen las mismas situaciones que
las adoptadas y previstas por aquél. 3º. La Seguridad Social -
es función asumida por el Estado español tanto en sus Leyes --
Fundamentales como en la legislación ordinaria.

C A P Í T U L O T E R C E R O

LA SEGURIDAD SOCIAL COMO SERVICIO PUBLICO

- I.- Justificación de la investigación
- II.- Doctrina y Jurisprudencia que califica a la Seguridad Social como servicio público.
- III.- Algunas precisiones sobre el estado actual de la teoría sobre el servicio público.
- IV.- El servicio público de la Seguridad Social española.
- V.- La gestión del servicio público.

I.- JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACION

Se ha llegado con anterioridad a la conclusión de - que la Seguridad Social es, por definición, una función del - Estado, y por prescripción constitucional y legal, función obli- gada del Estado español. Podría parecer que es aquí donde de- biera cerrarse la investigación sobre el marco de actuación - de los entes públicos o privados llamados a gestionarle, y és- ta es la solución de un sector doctrinal para el cual "si el Estado tiene como función la Previsión Social, a él le corres- ponde gestionarla, que es tanto como decir actuar a la reali- dad el compromiso que le vincula" (1).

Pero esta interpretación nos parece apresurada, --- puesto que la doctrina iusadministrativa viene señalando una diversidad de modos de gestión y de participación de los pri- vados en funciones públicas. Es la teoría del servicio públi- co la que puede permitir una configuración más precisa del -- marco de intervención de los privados en el servicio público de la Seguridad Social, y de las funciones que corresponden a la Administración en relación con los privados, precisamente en función de la naturaleza de la Seguridad Social, como tal servicio público, si es que ello puede ser constatado.

No desconocemos la posible crítica que con facili- dad puede realizarse contra esta construcción, en nombre de - la presunta crisis de la teoría del servicio público (2). Pe- ro advirtamos que, como más adelante precisaremos, tal crisis

(1) J. VIDA SORIA, Aspecto jurídico... cit. pag. 140.

(2) La literatura sobre la crisis de la noción del servicio - público es sumamente amplia. Aparte de la ya clásica mono- grafía de DE CORAIL, La crise de la notion juridique de - service public en Droit administratif français, París, -- 1954, nos remitimos a GARRIDO FALLA, Tratado, cit. vol. - II, pag. 347, GARCIA DE ENTERRIA, La actividad industrial, cit. pag. 124, y ENTRENA CUESTA, R.: El servicio de taxis, R.A.P. nº 27 Madrid 1958, pag. 30, en los que se encuen- tra una amplia referencia sobre la literatura de crisis - de la teoría del servicio público.

no alcanza sino a la doctrina tradicional de la Escuela del servicio público, que hizo de éste la noción clave del Derecho Administrativo, sustituyendo la noción de Soberanía. Aunque no la compartamos, y las reservas son necesarias dadas -- las diferencias en este punto entre el Derecho administrativo francés y el español, no deja de ser útil recordar que hay todavía quien defiende la utilidad de la 1ª, como ocurre con la posición de A. de LAUBADERE para el cual "la noción de servicio público, si no puede gozar en derecho administrativo de un papel exclusivo, permanece como el más importante de los -- datos susceptibles de servir a la construcción científica del Derecho Administrativo, a la vez que criterio de aplicación -- del Derecho Administrativo y de la competencia de la Juris-- dicción administrativa, y de otra parte en tanto que lugar de reencuentro y acuerdo de las principales nociones técnicas -- del derecho administrativo (acto, contrato...) (1)

Desde perspectivas más moderadas se sigue defendien-- do en todo caso la utilidad de la noción del servicio público (2) mientras que la doctrina española sigue utilizando, sin -- apenas reservas, la noción de servicio público (3)

- - - - -
- (1) En Traité Elementaire de Droit Administratif. París, 1970, pags 51 y 52
 - (2) J. CHEVALLIER, Le service publique. Presses Universitai-- res de France. París, 1971; U. POTOTSCHNIG, I Publici Ser-- vici. Padova, CEDAM, 1964
 - (3) Así GARRIDO FALLA se adhiere a una concepción estricta -- del servicio público: Tratado de Derecho Administrativo, vol. II, 5ª Ed. Madrid 1974, pag. 351. GARCIA DE ENTERRIA, E. utiliza igualmente el término en diversos estudios; vgr. La actividad industrial y mercantil de los municipios, RAP nº 17 (1955), La ordenación jurídica de los transportes ma-- drileños, Madrid 1954. El servicio público de gas, etc. M. BAENA DEL ALCAZAR en Los transportes mecánicos de carrete-- ra. No rechaza el término sino que propugna complementar-- lo con el de gestión económica VILLAR PALASTI, La activi-- dad industrial del Estado en el Derecho Administrativo, - R.A.P., nº 3, 1950

Con diferente profundización una parte de la doctrina de la Seguridad Social, y en ocasiones los administrativistas, han calificado aquella, o algún Seguro Social en concreto, como un servicio público, lo que demuestra que el tema no carece de interés. Antes que ningún intento de profundizar -- por nuestra cuenta en este tema conviene, pues, conocer el nivel de los análisis que en este terreno se han producido, lo que abordamos a continuación.

II.- DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA QUE CALIFICA A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO SERVICIO PUBLICO

Comenzaremos por una descripción de las aportaciones que en este terreno se han realizado en nuestro país, para mostrar a continuación la situación en Francia e Italia, dado que estos países pertenecen a la misma familia en cuanto al régimen administrativo y poseen sistemas de Seguridad Social hasta cierto punto comparables.

1.- Por lo que se refiere a España, ya los autores que se ocuparon de los Seguros Sociales utilizaron en ocasiones la calificación de aquellos como servicios públicos. JORDANA DE POZAS proponía en 1934 la siguiente definición: "Son Seguros Sociales, aquellos servicios públicos que tienen por objeto atender, mediante compensaciones económicas o en especie, algunas necesidades futuras e inciertas que afectan a un gran número de personas" (1) mientras que en el mismo año GARCIA OVIEDO -- afirmaba que "el Seguro Social es un servicio público con las notas jurídicas y organización administrativa de los servicios de esta naturaleza" (2). PEREZ BOTIJA es autor de un artículo monográfico sobre el tema (3) en el que mantiene que "la Seguridad Social puede y debe ser calificada de servicio público -- por razón del fin, del órgano gestor y del procedimiento de gerencia" (4) y "porque tiene su propia patrimonialización, porque posee su propio sistema tributario, porque los auxilios que puede recibir de la Hacienda Pública son muy eventuales, y hasta casi es ésta, por la mecánica de inversiones, quien puede, al menos teóricamente, ser abastecida de capital por las Cajas de Previsión (5). Hay que decir que este autor, a diferencia --

-- -- -- -- --
(1) citado por M. UCELAY REPOLLES, Previsión y Seguros Sociales, Madrid, 1955, pag. 377.

(2) en Tratado elemental de Derecho Social, Ed. Suárez, Madrid 1934, pag. 649.

(3) La Seguridad Social como servicio público, pub. INP, Madrid, 1954

(4) Ob. cit. pag. 13

(5) ibidem, pag. 16

de los anteriores; se toma la molestia de partir de una definición de servicio público (como actividad técnicamente organizada, para la satisfacción de una necesidad colectiva, de interés público o social, que se presta de una manera regular o uniforme, y continúa, por una entidad oficializada, mediante régimen jurídico especial, y sin ánimo de lucro) y de investigar si se cumplen en la Seguridad Social todos los elementos de esa definición previa, aunque hoy sería difícil compartir la totalidad de los elementos de la definición del autor y quizás el modo con que constata la presencia de alguno de ellos en la Seguridad Social.

Para CASTRO RIAL, en cambio, el Seguro Social no -- puede ser configurado como un servicio público, basándose para ello en que no cabe transmutar un "interés general" -des-- igualmente sentido- en una "necesidad general", y en lo dis-- tinta que, según él, resulta la posición del administrado en cualquier servicio público, y en la Seguridad Social (1).

En una línea semejante se encuentra MEILAN GIL, para quien no parece aceptable la configuración de la Seguridad Social como servicio público. Con palabras suyas "es bastante corriente -dice- la concepción de la Seguridad Social como un servicio público. Se se llega a esta conclusión será después de examinar detenidamente el conjunto de normas que constituyen la denominada Seguridad Social....Podrán en ocasiones deslindarse normas que aluden a actividades de policía o de fo--mento, pero no de servicio público (2). Esta afirmación dogmá--tica se repite por el autor, aunque matizada, en otros luga--res de su obra. Y en cuanto dogmática -pues el autor no se to--ma el trabajo de demostrarla- no creemos que merezca otra a--

(1) Citado por UCELAY REPOLLES, ob. cit. pag. 374 y 375 quien realiza una exégesis de su trabajo Seguro social y seguro privado en R.D.M., Madrid 1946.

(2) J.L. MEILAN GIL, El Mutualismo Laboral, CSIC. Madrid 1963 pag. 27

tención que la de señalar su instrumentalidad a los fines perseguidos por su elaboración jurídica central, basada en la tesis de que las Mutualidades Laborales son entes privados, y no públicos, y por lo tanto se encuentran sujetas al Derecho del Trabajo, y no al Administrativo. No obstante lo cual, el autor tiene que reconocer una posición más matizada que la anterior, cuando resume que "ni toda la denominada Seguridad Social es un servicio público, ni éste es único, ni en la parte en que es servicio público cae, sin más, en el ámbito del Derecho Administrativo" (1).

GARRIDO FALLA, por el contrario, califica a la Seguridad Social, incidentalmente, como servicio público cuando dice que "resulta lícito hablar de una función administrativa asistencial comprensiva de servicios públicos diversos y entre ellos : 1) los de beneficencia; 2) los de seguridad social..." (2) y siguiendo su propia definición DE PEREDA MATEOS entiende que "la Seguridad Social es una de las materias que no quedan agotadas con el establecimiento de una normativa adecuada, ya que su efectividad requiere una actividad administrativa constante, la cual, en la clasificación expuesta, habría de ser considerada como correspondiente al concepto de servicio público" (3) aunque introduce cierta confusión de conceptos cuando propone "que la parte de gestión descentralizada sobre los Servicios Comunes se considere alternativamente como servicio público; un servicio público social; o un servicio social administrativo" (4).

(1) ob. cit. pag. 28. Es curioso que, al final, e indirectamente, está reconociendo que, al menos en parte, la Seguridad Social es un servicio público, contra la rotunda negativa inicial.

(2) en La Beneficencia de las entidades públicas, cit. pag. 213

(3) Ob. cit. pag. 32

(4) ibidem, pag. 167

Podríamos aducir alguna otra declaración doctrinal al respecto, pero sin que variara el panorama, puesto que la conclusión seguiría siendo la de que falta una elaboración -- doctrinal de la Seguridad Social como servicio público, lo -- que también ocurre con la Jurisprudencia (1).

2.- El panorama es distinto en la doctrina y jurisprudencia francesa, donde precisamente un arrêt relativo a los Seguros Sociales (Caisse Primaire Aide et Protection. 1938) constituye el punto de inflexión en la concepción clásica sobre el -- servicio público, introduciendo así la inacabada polémica sobre su crisis. Comencemos, pues, por referirnos al alcance -- del arrêt en la elaboración de la doctrina del servicio público. Como se sabe, la doctrina del servicio público, tal y como es formulada por sus iniciadores a principios de siglo, -- viene a equiparar la actividad de los poderes públicos con el servicio público, de modo que se produce una identidad absoluta tanto en lo orgánico como en lo material. Y de hecho, y ante la dificultad por precisar qué actividades sean de interés general, el criterio determinante será el orgánico, de modo -- que, puesto que toda persona pública gestiona un servicio público, basta con calificar al órgano o entidad concreta para calificar el servicio o actividad que realiza (2). Pues bien, el arrêt Caisse Primaire de 1938 significa la quiebra, precisamente, del criterio orgánico, pues aunque con anterioridad el Consejo de Estado había calificado como servicio público --

(1) Recordamos las citadas Sentencias de la Sala VI del TS en las que, incidentalmente, se reconoce que "la Seguridad Social pudiera estimarse como un servicio público" (S. -- 20-3-71) o "su evidente carácter de servicio público" --- (S. 13-11-71)

(2) Hay que precisar, sin embargo, que no todas las doctrinas comparten este criterio simplificador, pues JEZE exigía -- que la actividad, además de proceder de un ente público, debía poner en juego procedimientos de Derecho Público, y HAURIUO exigía que se tratase de actividades inherentes a la "puissance publique".

actividades realizadas por particulares, se trataba en todo caso de supuestos en régimen de concesión, en que aquellos obraban "por cuenta de la Administración" (1). El camino había sido preparado, sin embargo, por un arrêt anterior, el VEZIA, de 20 de diciembre de 1935, en el cual el Comisario del Gobierno LATOURNERIE no se había atrevido a dar el paso definitivo, y había configurado a las Sociedades de previsión como integrantes de un "tertium genus", los llamados "Servicios de interés público" (2). El arrêt de 1938 supera esta limitada concepción al calificar primero la actividad ("el servicio de seguros sociales es un servicio público", dice literalmente el arrêt) sin que a tal calificación sea obstáculo el hecho de que "su gestión está confiada a cajas llamadas primarias... organismos privados".

Veamos cuales son las conclusiones del Comisario del Gobierno, LATOURNERIE, en torno al errêt: "El aspecto que nuestro Derecho ofrece actualmente -dice- no es el de una separación absoluta y rápida, sino el de una gradación, una jerarquía de los servicios, donde, de escalón en escalón, los dos derechos se combinan y se interpenetran.... El servicio público es aquel cuya ejecución regular es dispuesta por el legislador por presentar, para la actividad pública, un interés bastante importante para ser asegurada por el conjunto de los procedimientos del Derecho público, al menos para el conjunto de aquellos en que lo exige la meta asignada al servicio (3).

-
- (1) Es la Jurisprudencia de los arrêts TERRIER (Consejo de Estado, 6 Febrero 1903) y THEROND (C.E., 4 Marzo 1910)
 - (2) "Las actividades privadas o públicas presentan tres tipos distintos. Constituyen, en efecto, o bien un servicio público, o bien un servicio puramente privado, sin prerrogativas de poder público, o bien un servicio intermedio que, sin ser un servicio público, está dotado, sin embargo, de algunas de las prerrogativas del poder público, y podría ser calificado de servicio de interés público" (LATOURNERIE, conclusiones sobre arrêt VEZIA).
 - (3) LATOURNERIE. Conclusiones sobre C.E. 13, Mayo 1938. Caisse Primaire Aide et Protection. R.D.P. 1938, p. 830.

Tras el arrêt, el servicio público ha debido ser de finido sin referencia a la naturaleza del gestor, pues la Jurisprudencia ha seguido por el mismo camino, reconociendo la calidad de gestores de un servicio público a diversas personas privadas (1).

Ahora bien, ni la doctrina ni la Jurisprudencia ha entendido simplistamente los hechos. Para J. CHEVALLIER esta Jurisprudencia no quita todo su interés ni toda su utilidad - al criterio orgánico, "solamente modifica el contenido de este criterio. Si la calidad de la persona pública no es ya indispensable para ser gestor de un servicio público, por el -- contrario el estatuto del organismo considerado no es indiferente. La persona privada debe encontrarse, en efecto, bajo - la dependencia de los poderes públicos, y esta dependencia de be expresarse por lazos bastante estrechos dando a los pode-- res públicos un derecho de vigilancia sobre el funcionamiento del servicio. La gestión de un servicio público implica que - la persona privada esté bajo el control y la vigilancia de la autoridad administrativa. Se trata, pues, de un elemento de - naturaleza orgánica que acerca el estatuto del gestor privado del servicio público al de los organismos públicos autónomos y descentralizados que son los establecimientos públicos. Sin duda, diferencias importantes existen, pero estas diferencias no son de ~~n~~aturaleza constitutiva. El salto cualitativo se ha - ce con la afirmación de la exigencia de un control de tutela" (2) "En definitiva -añade- cuando hay servicio público la Ad- ministración asume la actividad, sea gestionándola directamente

- - - - -
(1) Arrêts MONTPEURT - C.E. 31 Julio 1942 - BOUGUEN - C.E. 2 Abril 1943 - MORAND - 28 Junio 1946 - EPOUX BERTIN - 20 - Abril 1956 - MAGNIER - 13 Enero 1961 - etc.

(2) vid. Le service public, cit. pag. 13.

te, sea controlando la manera en la cual es gestionada" (1) - Criterio que es compartido por BONNARD (2) aunque referido a la concesión; CHAPUS (3) y WALINE quien, comentando el arrê NARCY encuentra como elementos definitorios del servicio público "un derecho de control de la Administración sobre las modalidades de cumplimiento de esta misión ... y un control de tutela" (4).

Situada la Seguridad Social en el terreno ambiguo de los denominados "servicios sociales" por alguna doctrina, había de verse afectada, naturalmente, por el intento jurisprudencial de separar de los servicios públicos los citados servicios sociales, o cuando menos de contraponerlos a los servicios públicos administrativos, dejándolos en un terreno semejante a los servicios industriales y comerciales. Una parte de la doctrina de la Seguridad Social estaba incluso próxima a esos planteamientos; en 1953 escribía P. DURAND, tras reconocer que la Seguridad Social constituía un servicio público, de acuerdo con el arrê Caisse Primaire, que este servicio público está dotado de cierta "originalidad", derivada del hecho de que su aparición "ha hecho surgir una fórmula nueva: la de la gestión de un servicio público por un organismo privado ... así se ha creado un nuevo tipo de servicio público, caracterizado por un elemento material, pero privado del elemento formal, que parecía hasta entonces inherente a

-- -- -- -- --
(1) Ob. y loc. cit.

(2) "Las autoridades administrativas -dice refiriéndose a la gestión por los privados de un servicio público- conservan el poder de organizar el servicio, de controlarlo, e incluso, en cierta medida, de dirigir su funcionamiento" (Precis élémentaire de Droit Administratif. Sirey, 1926, pag. 59)

(3) "El servicio público es una actividad asegurada o asumida por una persona pública en orden al interés público... Es necesario que una persona pública asegure esta actividad, ejerciéndola ella misma o, cuando menos, que asuma su ejercicio, siendo ésta realizada por un organismo privado sustituyendo a la persona pública y de alguna manera delegada por ella" (R.CHAPUS, Le service public et la puissance publique, R.D.P., 1968, pag. 235)

(4) Nota sobre C.E. 28 Junio 1963, NARCY, R.D.P. 1963, pag. 1186

la noción de servicio público".

La conclusión del autor era inmediata: "Si ese servicio es administrado por un organismo privado, el Derecho -- privado debe, en parte, volver a encontrar su imperio en él" (1).

El planteamiento de DURAND estaba próximo al de una Jurisprudencia ulterior que tiene sus hitos en los arrêts EL HAMIDIA (1954) y NALIATO (1955), y en los que se sentaban las bases para una disociación de los servicios sociales respecto de los servicios públicos administrativos. Al extender las -- conclusiones del arrêt Bac d'Eloka a aquella categoría de -- servicios sociales, se trataba de encomendar en bloque la competencia a la Jurisdicción Ordinaria, y de someter el régimen de esos servicios al Derecho Privado (2).

La recepción de estas ideas fué objeto, sin embargo, de una reacción doctrinal. Al apoyo de P. LAROQUE (3) se opuso un brillante artículo de LAUBADERE (4) en el que demuestra la inconsistencia de la categoría, comenzando por la dificultad de elaborar un concepto de lo que sea servicio público social, ante el silencio de la propia Jurisprudencia, y la inadmisibilidad de los criterios propuestos por el propio LAROQUE (carácter especial de la actividad social, y fórmulas igualmente especiales de gestión) puesto que ni es constatable una naturaleza específica de la hipotética "actividad social", ni existe una fórmula especial de gestión de los servicios sociales, ya que LAROQUE erige el modelo paritario de las Cajas de

-- -- -- -- --
(1) La política de la Seguridad Social... cit. pag. 444

(2) Una interpretación de esa Jurisprudencia en CHEVALLIER, - Le service public, cit. pags. 53 y 54.

(3) Contentieux social et juridiction sociale. Etudes et documents du Conseil d'Etat. 1953

(4) La notion et le régime juridique des services publics sociaux en droit administratif français, en Droit Social, nos. 9 - 10, 1959.

Seguridad Social como tal, olvidando que la Seguridad Social - sería solo una parte y no la totalidad de los servicios públicos sociales, en los que, incluso, brilla por su ausencia la - modalidad de gestión por los privados característica en Francia para la Seguridad Social, pero no en otros países.

Lo mismo ocurre en cuanto al presunto régimen jurídico-co-privado de los servicios sociales que LAROQUE y cierta Jurisprudencia había atribuido a aquellos como carácter definitorio. LAUBADERE establece que "esta Jurisprudencia no puede encontrar aplicación en numerosos servicios públicos sociales (ayuda social, servicios médico-sociales...) (1) El autor concluye con una interpretación particular de los arrêts Naliato y Berry, conforme a la cual lo que el Consejo de Estado ha establecido es la posibilidad de que determinados servicios sociales "pueden presentar similitudes con las instituciones privadas - que arrastren, cuando existan" (2) determinadas consecuencias jurídicas y contenciosas.

Esta interpretación es la que con posterioridad ha - prevalecido, cortándose así la peligrosa línea que amenazaba - con desgajar una parte de los servicios públicos del régimen - común de los servicios administrativos (3).

No termina ahí la cuestión, pues la doctrina se ha - preocupado por señalar que, en cualquier caso, la Seguridad Social no descansa en el Derecho Privado sino en el Público. R. SAVY, ha documentado este aserto en un artículo que lleva por

(1) ob. cit. pag. 502

(2) ibidem

(3) La Jurisprudencia ulterior ha precisado, en efecto, que -- los servicios sociales no constituyen una nueva categoría de servicios públicos regida por el Derecho privado, sino que pueden estar regidos por el Derecho público o el privado según los casos, y atendiendo a su organización y funcionamiento. Entre otros los arrêts SALIN (C.E. 21 Marzo - 1958); COMUNIDAD D'ARCUEIL (C.E. 17 Abril 1964); SANTELLI - (23 Abril 1959...) vid sobre el tema CHEVALLIER, ob. cit. pag. 54.

título, precisamente, Securité sociale et droit public, (1) y en el que analiza la evolución sufrida por la francesa desde el viejo precedente privatista de las sociedades de socorros mútuos hasta nuestros días.

"La Seguridad Social de hoy no se parece apenas a lo que era hace treinta años", y añade los datos diferenciales, a su juicio, entre una y otra: "Su generalización progresiva, su extensión total o parcial a los trabajadores no asalariados, han hecho desaparecer la referencia al contrato de trabajo. La noción de seguro se ha sustituido por un concepto mas amplio de Seguridad Social, donde el lazo entre adhesión y contribución, de una parte, derecho a las prestaciones, de otra, se ha borrado progresivamente. No hay ya un derecho a una prestación determinada en función de una manifestación anterior de voluntad, sino un derecho general a la protección social desde que se produzca un hecho. Para garantizar a cada uno la Seguridad de una redistribución concertada de la renta nacional, las técnicas individualistas y contractuales son insuficientes. El poder público debe intervenir para plantear las reglas de organización de la Seguridad Social, organizar los organismos que tendrán el monopolio de aplicación de una política públicamente decidida y aprobada, velar en fin por su buen funcionamiento" (2). De tales datos diferenciales concluye el autor que no solo ha cambiado el contenido de la protección social, sino también la naturaleza de los organismos encargados de su gestión.

El hecho de que la competencia contenciosa corresponda a los Tribunales ordinarios, no es obstáculo para que se trate de un Derecho Público, lo que resulta de una serie

(1) en Droit Social, nº 6, 1966, pags. 363 y ss.

(2) ob. cit. pag. 364

de índices que para SAVY se encuentran en: a) La determina---
ción exclusiva por el Estado de las personas que deben ser --
protegidas (1); b) El Estado fija las bases y tipos de cotizaci
ción, e interviene directamente en la financiación de la Seguri
ridad; c) Decide la creación de los organismos de Seguridad -
Social, fija su competencia, establece sus reglas de funcionam
miento y vigila las reglas de ejecución del servicio que él -
determina (2); d) El poder de tutela que le está confiado es
extremadamente amplio: el artículo 171 del código de Seguri--
dad Social le permite anular todas las decisiones de los organ
ismos por irregularidad jurídica o inoportunidad financiera,
y el juez administrativo tiene tendencia a ensanchar aún más
sus posibilidades de intervención (3); e) Es notorio para SA-
VY la existencia de un "interés general" por encima del partici
cular de los beneficiarios, lo que explica la financiación est
atal, la solidaridad entre las ramas profesionales (compensaci
ción de cargas) y la solidaridad en el seno de cada Régimen;
f) Las técnicas utilizadas son de Derecho Público, tanto por
la naturaleza de las reglas y normas aplicables (de origen est
atal y no contractual; mientras las reglamentaciones de las
Cajas se imponen unilateralmente a los usuarios como actos adm
ministrativos; la afiliación al sistema ha devenido obligator
ria en todos los casos; no es posible a un asegurado renun---
ciar a las prestaciones de un régimen legal. El Estado puede
modificar en todo momento, mantener o reducir las cotizacio--
nes o las prestaciones o los organismos encargados de la gest
tión...) como por la sanción de esas reglas de derecho (4) y

-- -- -- -- --
(1) idem pag. 365

(2) idem pags. 365-366

(3) "La práctica de la tutela -dice SAVY- parece conducir a un
na especie de cogestión de las cajas por sus propios órgan
nos y los funcionarios encargados de la tutela. Antes de
decidir, Consejos de Administración y Directores tienden
a consultar oficiosamente a la Administración de tutela y
a matizar sus decisiones en función de sus reacciones, de
modo que la decisión tomada habrá sido elaborada en común"
(cit. pag. 366)

(4) "La inobservancia del Dº de la Seguridad Social... arrastr
tra la aplicación de sanciones penales y administrativas:
son las sanciones habituales por inejecución de actos adm
ministrativos (cit. pags. 368-369)

los privilegios de que gozan los gestores (privilegio del prealable; los procedimientos de recaudación de cotizaciones se inspiran cada vez más en los del Derecho fiscal; la posición del particular en sus relaciones con el servicio es de inferioridad, como la de todo administrado frente a la Administración...)

El Derecho Público es constatado, por último, en la estructura de los organismos de la Seguridad, llegando a la conclusión contraria a la del arrêt Caisse Primaire, de que tales entes son, en realidad, de naturaleza pública (1) y en la férrea tutela financiera (2).

Como se deduce del artículo de SAVY las conclusiones

(1) SAVY recuerda, al efecto, las conclusiones del Comisario del Gobierno CHARDEAU sobre el arrêt Mayet (C.E. 21 Junio 1957) según el cual las Cajas "aunque habiendo conservado un estatuto de Derecho Privado están de hecho integradas en la estructura administrativa francesa" Para él, más que un estatuto, las Cajas conservan solo una "fachada" de su origen privado y recuerda que en los últimos años se ha producido una mutación profunda, pues: a) Su origen es exclusivamente estatal; b) Sus órganos de gobierno tienden al tripartismo, con la presencia cada vez más acusada de representantes del Estado; c) Los directivos de las instituciones son nombrados de entre los antiguos alumnos de un Centro estatal, el Centro de Estudios Superiores de Seguridad Social; d) Los órganos de gobierno de las Cajas pueden ser disueltos o suspendidos por el Ministro y los administradores individualmente revocados; e) El órgano elegido -Consejo de Administración- ha perdido progresivamente sus competencias frente al Director y la Administración; f) La ley limita a menudo las fórmulas de reclutamiento libre del personal de las Cajas, estableciendo la oposición o el concurso, y las condiciones de trabajo y salarios se fijan por el Ministro de Trabajo y no por contrato; g) La tutela ejercida sobre los actos de las Cajas de Seguridad Social se acerca a la ejercida sobre las personas públicas descentralizadas (cit. pags. 369-375)

(2) cit. pags 375 a 377

son, pues, las contrarias, a las que pudieran esperarse de los arrêts EL HAMIDIA, NALIATO, y BERRY. La posibilidad de configurar una teoría de los servicios públicos sociales sobre la base de una aplicación del Derecho Privado a estos frente al supuesto común de los servicios administrativos aparece contradicha por la indagación del Derecho predominante en la organización y funcionamiento del servicio público de la Seguridad Social. Desde el artículo de SAVY la posición de este autor se ha afianzado definitivamente en la doctrina y en la Jurisprudencia francesa. Un artículo relativamente reciente de BORDELOUP (1) resume la situación en lo que se refiere a la Jurisprudencia.

Aunque su punto de partida es conciliador ("les frontières sont de plus en plus difficiles à fixer entre droit public et droit privé") admite como tesis dominante en la doctrina francesa que "le droit de ce service public de Sécurité Sociale relève du droit public" (2) al menos por lo que se refiere a la organización y a la ejecución del servicio público. El único terreno dudoso es el contencioso, que en la reforma de 1946 fué atribuido a la Jurisprudencia ordinaria (3). BORDELOUP destaca por otra parte, la contribución de la Jurisprudencia de la Corte de Casación en la evolución de la Seguridad Social: el arrêt MAGNIER reconoció en 1961 el carácter de actos administrativos de los emanados de las Cajas privadas pero empleando prerrogativas de poder público; la exigencia de notificación de los actos citados; la sujeción de sus actos a los principios y límites de revocabilidad de los actos administra-

(1) La Sécurité sociale à travers l'évolution de la Jurisprudence de la Cour de Cassation, en Droit Social, nos 9-10, 1974

(2) ob. cit. pag. 422

(3) pero esta solución -como subraya el autor- fué fruto, más que de principios técnicos, de presiones de las organizaciones obreristas, y de su antigua desconfianza sobre la independencia de los Tribunales administrativos frente a los poderes públicos.

tivos; la ejecutoriedad de los actos; la sujeción de la actividad de las Cajas al principio de la legalidad; las prerrogativas exorbitantes de los organismos; la responsabilidad de estos frente a los usuarios... Jurisprudencia que, en definitiva, ha ido configurando un verdadero estatuto de Derecho Público para la Seguridad Social.

Partiendo de esta base publicista DUPEYROUX se ha preocupado en señalar algunos de los efectos jurídicos derivados de la configuración de la Seguridad Social como servicio público (1) entre los que destaca: las restricciones sobre el derecho de huelga del personal de la Seguridad Social, sujeto a la Ley de 31 de Julio de 1963 sobre huelgas en los servicios públicos; la reserva o secreto de los directivos de las Cajas sobre ciertas materias y en las apreciaciones que emitan sobre la política gubernamental; el carácter administrativo de ciertos actos, por encima de la naturaleza jurídica de los organismos de que procedan (en materia de afiliación, otorgamiento de prestaciones, cotizaciones...)

Para DURAND, las manifestaciones principales que se derivan de la configuración de la Seguridad Social como servicio público se reducen a: 1) La extensión de reglas concernientes a la función pública a los funcionarios de las Cajas de Seguridad Social; 2) El derecho a expropiar de las Cajas; 3) El control financiero del Tribunal de Cuentas; 4) La configuración de las cotizaciones como impuesto; 5) El papel de los médicos como colaboradores de un servicio público y no como profesionales libres; 6) El principio de automaticidad de las prestaciones; 7) La constitucionalización de la Seguridad Social, lo que la convierte en uno de los servicios públicos fundamentales del Estado moderno (2).

(1) en Droit de la Sécurité Sociale, 6ª Ed. Dalloz, París, 1975, pags. 600 y ss.

(2) en La política de Seguridad Social, cit. pags. 440 a 442

3.- La aportación más relevante a la configuración de la Seguridad Social como servicio público se debe, en Italia, como en otros campos de la Seguridad Social, a M. PERSIANI, a cuyo tema dedica buena parte del último capítulo de su obra (1). Recuérdese que este autor acentúa el planteamiento publicístico de la Seguridad Social, configurándola como función estatal, estableciendo la teoría escisionista de las relaciones jurídicas que integran el sistema jurídico de previsión social y cuyo nexo instrumental es el Estado, y negando la existencia de un sinalagma genético o funcional, entre las obligaciones de cotizar y de pagar las prestaciones (2). Por otra parte debe señalarse que otros autores han calificado, con anterioridad a PERSIANI, como servicio público a la Seguridad Social dentro del panorama doctrinal italiano: BARASSI (3), FERRARI (4), CHIAPPELLI (5), VENTURI (6).... La diferencia es que la generalidad de estos autores se habían limitado a calificar como servicio público a la Seguridad Social de una manera dogmática, sin más previa recapitulación de la doctrina del servicio público, y sin definirse sobre qué entendían sobre el servicio público, y una diferencia añadida que deriva de la configuración escisionista de la teoría de PERSIANI, pero dentro de un sistema, frente a la concepción unilateral del resto de los autores que solo califica la relación de previsión pero dejan fuera la de co-

-- -- -- -- --
(1) El sistema jurídico, cit. pags. 289 y ss.

(2) vid. supra, capítulo anterior, lo dicho sobre la aportación fundamental de PERSIANI a la configuración de la Seguridad Social como función estatal

(3) Il Sistema delle assicurazioni sociali nell'ordinamento sindacale e corporativo, 1932

(4) Istituto di assicurazioni sociali, Pisa, 1939, pags 114 y ss.

(5) L'assicurazioni sociali di malattia, 2ª ed. Milano, 1960 pag. 9

(6) I Fondamenti, cit. pag. 598

tización (1).

El autor examina las distintas concepciones de la teoría del servicio público, singularmente en la doctrina italiana (ROMANO, DE VALLES, VITTA, ZANOBINI, SANDULLI, PRESUTTI) llegando a la conclusión de que "un detenido examen de esta variedad de configuraciones revela, más que una contradicción de concepciones, una variedad de puntos de vista desde los -- que la noción de servicio público es tomada en consideración; o más precisamente, de la diversa finalidad en virtud de la -- que se intenta individualarla, finalidad que a veces es la de -- distinguir entre servicio público y función pública, y a veces, por el contrario, la de separar el servicio público de -- la actividad administrativa en general" (2).

El autor se queda con esta segunda acepción, y concretamente con la configuración de ALESSI, que integra la noción del servicio público con la de prestaciones administrativas a los particulares (3) para confrontar los elementos exigidos por aquel con los reunidos por la Seguridad Social en su propia configuración doctrinal.

De esta confrontación resulta para PERSIANI que: --

1) Se cumple el primero de los elementos que es la existencia de un cierto complejo de medios personales o reales a los que

-- -- -- -- --
(1) En este sentido, por todos, VENTURI, para el cual "en un ordenamiento típico de Seguridad Social surgen dos series distintas e independientes de relaciones jurídicas, cada una de naturaleza unilateral. De un lado tenemos un servicio público instituido por el Estado, el cual crea para el ciudadano determinados derechos públicos subjetivos accionables para recibir determinadas prestaciones al verificarse los eventos previstos, en virtud de las normas de la Ley y de los reglamentos administrativos. Del otro, la obligación de los ciudadanos de proveer los medios financieros necesarios para realizar la Seguridad Social surge.. de una relación jurídica independiente que es la relación jurídica tributaria (ob. cit. pag. 598, el subrayado es nuestro)

(2) ob. cit. pag. 291

(3) vid. La prestazioni amministrative rese ai privati. 2ª ed. milano, 1956

se imprime el común destino de satisfacer una determinada --- prestación, puesto que en el sistema jurídico de previsión se da la constitución específica de personas jurídicas públicas, financiadas a través de la imposición de contribuciones a determinados sujetos, o por el Estado, a las cuales se confía - la tarea específica de proveer a la satisfacción de las prestaciones de previsión; 2) La actividad de los entes de previsión se dirige a la realización de intereses que, antes de -- ser públicos, son individuales; 3) Las prestaciones de previsión encuentran su finalidad simplemente en la satisfacción - del interés público a que sean distribuidas, puesto que "se-- gún la configuración del sistema jurídico de previsión que he mos aceptado, las prestaciones de previsión representan el e- lemento esencial del sistema, y no son contraprestación de -- las cotizaciones" (1) y 4) El único elemento difinitorio dis- cutible es la exigencia de ALESSI de que las prestaciones sa- tisfechas por el servicio público sean en especie, con exclu- sión de las pecuniarias, que son las normalmente prestadas -- por la Seguridad Social. La réplica de PERSIANI es ingeniosa, pues afecta a la "ratio" última de la exigencia de ALESSI: -- "Se estima, en efecto -dice- que las prestaciones deban ser - en especie, porque solo de este modo se pondría en evidencia su destinación a determinadas necesidades cuya satisfacción - está conectada al interés público; mientras que el dinero, -- bien instrumental por excelencia, no es idóneo para satisfa- cer determinadas necesidades, sino que puede satisfacerlas to- das. Esto no vale, sin embargo, para las prestaciones de pre- visión que consistan en la satisfacción de una suma de dinero. La previsión social protege a quien obtiene del propio traba- jo el único medio de subsistencia, cuando se verifican deter- minados eventos de los que deriva una situación de necesidad. Las prestaciones de previsión pecuniarias están funciona- lizadas por su destinación al sustento del trabajador y de su familia (2).

(1) ob. cit. pag. 293

(2) ibidem. pags. 294 y 295

III.- ALGUNAS ANOTACIONES SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA TEORIA
SOBRE EL SERVICIO PUBLICO.

A lo largo de la exposición anterior se han abordado las posiciones doctrinales que califican a la Seguridad Social como servicio público, de donde, aunque marginalmente, se ha reflejado la situación actual de esta teoría, sobre todo en -- Francia y en Italia, donde las elaboraciones doctrinales sobre la Seguridad Social desde el campo del Derecho Público, han si do frecuentemente abordadas, a diferencia de lo que ha venido sucediendo en el Derecho español. Ahora se trata de clarificar en la medida de lo posible, la situación de la teoría y de señalar la significación jurídica de la misma.

Para el primer objetivo entendemos que es fundamental referirnos a la doctrina francesa, que no sólo es la cuna de - la teoría del servicio público (TEISSIER, DUGUIT, JEZE, HAU---RIOU..) sino que es además el terreno en que han surgido las - sucesivas crisis de la misma y su reciente revalorización. En una obra relativamente reciente (1), J. CHEVALLIER mantiene que la crisis del elemento orgánico del servicio público inferida por el arrêt Caisse Primaire, en 1938, ha terminado en un enriquecimiento de la teoría que ha permitido integrar a los gestores de naturaleza privada, junto a los públicos, y a título diverso de la concesión, y que no ha significado la desaparición del citado elemento orgánico, sino su reconstrucción desde una perspectiva más compleja, en la que lo verdaderamente importante es el estatuto jurídico del ente privado, su estrecha dependencia respecto de un ente público que ejerce sobre él potestades de vi-

- - - - -

(1) Le service public, cit. supra.

gilancia y tutela (1). "El criterio orgánico no ha desaparecido pues; solamente ha sido inflexionado y matizado, pero sin perder su valor" (2).

La reconstrucción de los criterios de calificación de los servicios públicos ha implicado la incorporación de un nuevo criterio, el formal, como complementario del orgánico, que permite afinar más las cosas cuando se está en presencia de actividades realizadas por los privados no concesionarios. En realidad no se trata de un criterio exactamente, sino de un conjunto de índices para investigar cual sea la voluntad del legislador; supuesto que no existen servicios públicos -- por naturaleza, el dominio del servicio público es contingente, variable, depende de la voluntad del Estado, pero ésta no es siempre expresa, de donde el problema se traslada a determinar los índices que nos aseguran de la intención del legislador... (3). Ahora bien, tales índices son, en realidad, elementos -- del régimen jurídico de la actividad, lo que contribuye a objetivar un criterio que en principio aparece como subjetivo.

- - - - -

- (1) Por otra parte, el hecho de que no siempre las personas públicas realizan actividades de servicio público, no constituye una crisis de la teoría del servicio público, sino de las afirmaciones simplistas que pretendieron erigir el criterio orgánico en exclusivo, sin tener en cuenta para nada la naturaleza de la actividad.
- (2) ob. cit. pag. 13.
- (3) Naturalmente, no toda la doctrina comparte la validez del criterio formal, y fundamentalmente los partidarios de la teoría del servicio público por naturaleza y del servicio público virtual, que CHEVALLIER explica en razón de opuestas posiciones políticas: "Con el objetivo confesado de -- limitar la extensión de los servicios públicos se ha pretendido definir estrictamente el dominio natural y objetivo del servicio público. Es la tesis del servicio público por naturaleza: únicamente sería servicio público la actividad que descansa en la esencia misma del Estado... A la inversa, el deseo de favorecer el desarrollo del intervencionismo ha empujado a algunos autores a defender la teoría del servicio público virtual: cuando una actividad -- presenta un carácter evidente de interés general, hay que considerarla como una actividad de servicio público sometida a las obligaciones atinentes a esa calidad, incluso si el legislador no se ha pronunciado expresamente sobre este tema" (ob. cit. pags. 16 y 17).

Y el primero de ellos es la existencia o puesta en juego de prerrogativas de poder público, o de régimen exorbitante. Aunque la doctrina ha discrepado en este punto, la Jurisprudencia parece haber zanjado el asunto (1). Lo anterior no debe confundir; pues no se trata de que necesariamente se encuentren sometidas al Derecho Administrativo, pues el régimen aplicable a los servicios públicos implica, en proporción variable, una alianza compleja del Derecho Público y del Derecho Privado y LATOURNERIE ha demostrado que el régimen exorbitante no es aplicable más que en la medida necesaria para alcanzar la meta asignada al servicio. Aceptando este último punto CHEVALLIER da su propia definición de servicio público; que es acorde con la mayoría de la doctrina y jurisprudencia francesa: el servicio público es una actividad de interés general, gestionada por la Administración o por una persona privada, a condición de que esté investida de tal misión por los poderes públicos y sometida a su control (2).

-
- (1) En los arrêts CAPUS y NARCY el Consejo de Estado notó la existencia de prerrogativas de poder público -retracto, -derecho de percibir cotizaciones obligatorias- concluyendo de ellas la intención del legislador de crear un servicio público.
- (2) ob. cit. pag.20
- Por lo demás, y como se ha dicho, tal definición es comparada por la mayoría de la doctrina actual. Citaremos solo a J. RIVERO, para el cual "el servicio público es una forma de acción administrativa en la cual una persona pública asume la satisfacción de una necesidad de interés general... directa o indirectamente, descansa en última instancia en una persona pública" (Droit Administratif, Dalloz 1970, pag. 387) R. CHAPUS, para el que "es necesario que una persona pública asegure esta actividad, ejerciéndola ella misma o, cuando menos, que asuma su ejercicio, siendo ésta realizada por un organismo privado sustituyendo a la persona pública y de alguna manera delegada por ella - para obrar en su puesto y lugar" (Le service public et la puissance publique. R.A.P. 1968, pag. 235). Comentando el arrêt NARCY (28 Junio 1963) como un auténtico hito en la historia jurisprudencial "no ciertamente porque dé una definición perfecta del servicio público: eso sería demasiado" sino porque "al fin el Consejo de Estado se ha tomado el trabajo de enumerar un cierto número de índices a los cuales es posible remitirse para reconocer el carácter de una actividad", WALINE sintetiza los cuatro elementos de la definición: a) una misión de interés general, b) un de

.../...

Las consecuencias jurídicas que derivan de la calificación de un servicio como público son, sin embargo, limitadas, y se reducen a las tres reglas de ROLLAND: la continuidad, la mutabilidad y la igualdad. A las que algún otro autor ha propuesto añadir el principio de neutralidad (según el --- cual el servicio público debiera funcionar teniendo en cuenta exclusivamente las exigencias del interés general), y el principio de gratuidad, pero sobre todo éste último, no ha sido a cogido por la doctrina ya que, si bien el servicio público no tiene por finalidad obtener beneficio, no es menos cierto que no puede funcionar sin estar dotado de recursos, que pueden ser de los contribuyentes, pero también de los usuarios. No merece la pena recordar ahora lo que la doctrina y la Jurisprudencia francesa han elaborado alrededor de los principios de continuidad y mutabilidad, desde supuestos que no dejan de ser semejantes a los de nuestra propia Jurisprudencia. Sí interesa, por el contrario, señalar algunas reflexiones sobre el de igualdad. Considerado como una traslación del principio general de igualdad ante la Ley y el Reglamento al terreno -- del servicio público, exige, en principio, que todos los admi nistrados, los que participen en su gestión, o los que entren en contacto con él, se encuentren en una posición igual en el plano de los derechos y los deberes. Sin embargo, la traducción del principio a la práctica no deja de tener dificultades, lo

---/--- - - - - -
.../...

recho de control de la Administración sobre las modalidades de cumplimiento de esta misión, c) Prerrogativas de poder público, y d) Un control de tutela (en nota sobre -- arrêt NARCY, R.D.P., 1963, pág. 1186) y LAUBADERE, después de definir el servicio público como una "actividad asumida por una colectividad pública con vistas a dar satisfacción a una necesidad de interés general" explica de inmediato que asumida no significa "por lo demás, asegurarla necesariamente ella misma directamente, pues la ejecución -- del servicio público puede ser confiada a un organismo pri vado" (Traité élémentaire de Droit Administratif, cit. pág. 544)

que explica que el Consejo de Estado haya juzgado aceptable - la posición de la Administración que tuvo en cuenta las diferentes situaciones de hecho, en las cuales pueden encontrarse los usuarios, para tratarlas diferentemente, haciendo variar los regímenes y tarifas en función de las categorías de usuarios (1). Sin embargo, el Consejo de Estado impone como limitación que la desigualdad provenga de situaciones objetivas, de modo que no cabe invocar el interés general como causa inespecífica de introducir discriminaciones entre los usuarios (2).

Por lo demás, y como el propio autor observa, en la práctica es más fácil respetar el principio de igualdad en los servicios públicos administrativos en régimen de monopolio que en los industriales y comerciales donde el monopolio esté ausente, pues en tal caso el servicio suele caer en una política comercial, implicando la diferenciación de tarifas para atraer a nuevos clientes.

Va de suyo que las consecuencias terminan ahí, puesto que no puede mantenerse hoy que la calificación de servicio público comporte la aplicación de un régimen jurídico administrativo para la actividad calificada (3) si bien, en lo que --

-- -- -- -- --

- (1) C.E. 30 mayo 1962; C.E. 7 octubre 1959; C.E. 24 abril 1964
- (2) Esta invocación, por lo demás, suele encubrir, en realidad, el imperativo actual de rentabilización del servicio público (ibidem,
- (3) Esto es algo evidente desde hace ya mucho tiempo, puesto - que el arrêt Bac d'Eloka estableció, en 1921, el principio de una doctrina del Consejo de Estado que admitía la posibilidad de aplicar el régimen jurídico privado a los servicios públicos, y que incluso propiciaba su aplicación en - los servicios industriales y comerciales. Con otras pala-- bras GARRIDO FALLA, llega a la misma conclusión en nuestro país, ya que, según él "la actividad prestadora del Estado puede desarrollarse bien sometida a un régimen de Derecho público, bien a un régimen jurídico privado" (Tratado, cit. pág. 351).

se refiere a los servicios administrativos, la regla general - es la aplicación de dicho régimen, aunque esa regla tenga sus excepciones (los bienes de los servicios que no sean propiedad de un ente territorial pueden formar parte del dominio privado; los actos de los entes gestores que no sean ejecutorios pueden no estar sujetos al control del juez administrativo; los contratos pueden tener carácter privado si carecen de cláusulas - exorbitantes y no hacen participar al contratante en la ejecución del servicio público, o si son realizados por una persona privada que no obra como mandatario de la Administración...) e incluso hubo un momento en que las excepciones amenazaron -- convertirse en regla para un amplio sector de los servicios públicos (1).

Aunque la doctrina italiana sobre el servicio público pudiera parecer de menos interés que la francesa, por causas - que ya hemos explicado más arriba, hay que reconocer la notable influencia que ha ejercido sobre la doctrina española (2). Recordemos que una parte de esta doctrina italiana funcionaliza la noción de "función pública", otorgando a aquella un carácter residual (3) por lo que no merece mayor atención dado - que la noción de función pública no goza de predicamento para

- - - - -

- (1) La Jurisprudencia El HAMIDIA y NALIATO, sobre los servicios sociales, retenida por una Jurisprudencia posterior - más arriba citada, lo que ha impedido el desgajamiento de los servicios sociales del tronco común de los servicios - administrativos.
- (2) Así GARRIDO recoge en su Tratado, como distintas posiciones de concepto estricto de servicio público (al que se adhiera) las de tres administrativistas italianos: DE VALLES, ZANOBINI y ALESSI, mientras que M. BAENA parte de la construcción teórica de POTOTSCHNIG, a la que luego nos referimos, aunque revisándola, en su libro Los transportes mecánicos por carretera, Madrid 1970.
- (3) MIELE, Pubblica funzione e servizio pubblico, 1933; GALLO, Funzione pubblica e servizio pubblico, Padova, 1940; ZANOBINI, L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici, Milano, 1920....

la mayoría de la doctrina española. Interesa, sin embargo, señalar las interesantes posiciones de DE VALLES, que distingue entre los servicios públicos actuados por el Estado u otros entes públicos (a los que denomina propios) y los confiados a la gestión de los privados (calificados como impropios) y de GIANNINI, para el cual son válidas tanto la concepción nominalista (que exige la intervención de un ente público asumiendo la actividad) como la substancial y objetiva (que permite considerar como servicio público el que tenga determinados rasgos de Derecho Positivo, aunque se encuentre confiado a los privados) (1). Con todo, una de las construcciones más elaboradas de la doctrina italiana se encuentra en ALESSI, que partiendo de viejas construcciones de ROMANO y PRESUTTI, trata de integrar la noción de servicio público y la teoría de las prestaciones administrativas. Define el servicio público de acuerdo con un criterio estricto, como "actividad dirigida a proveer utilidad a los ciudadanos, sea de orden jurídico, sea de orden económico-social" (2)

Distinguiendo seguidamente entre los servicios que consisten en una actividad dirigida a procurar utilidad genérica a los ciudadanos uti universi y servicios que consisten en actividad dirigida a procurar utilidad específica a determinados ciudadanos, o uti singuli. Es partiendo de estos servicios uti singuli, como elabora su teoría de la prestación administrativa a los privados, de modo que tales prestaciones son el objeto de la actividad de servicio público, y se traducen en una relación jurídica especial entre el ente público y el particular, en general de naturaleza pública. En una obra anterior (3) completa los requisitos de las prestaciones administrativas que para el autor son: a) solo tienen ese carác--

(1) Diritto Amministrativo. Vol. Primo. Milano Dokt. A. Giuffré Editore 1970, pag. 456 y 457.

(2) en Principi di Diritto Amministrativo, Sec. Edizione. Milano, 1971, pag. 438

(3) La prestazioni amministrative rese ai privati (Hemos consultado la 2ª edición) Dot. A. Giuffré, Milano, 1956

ter las actividades administrativas objeto de relaciones jurídicas concretas; b) solo las que constituyen objeto de servicios públicos uti singuli; c) solo las que provengan de un sujeto cualificado (público).

Este último requisito no aparece, curiosamente, en sus "Principii". Por lo demás, si bien se mira, las diferencias entre la doctrina italiana y francesa son de segundo orden y derivan del hecho de que ésta atiende fundamentalmente a las cuestiones del régimen jurídico, y del contencioso, y por lo tanto a los criterios fundamentales de calificación del servicio, mientras que ZANOBINI, ALESSI, GLANNINI, etc, se preocupan más de la naturaleza y caracteres de la actividad. Precisamente, del carácter del fin o meta de interés público que debe perseguir todo servicio público deriva ALESSI dos consecuencias fundamentales: no hay servicio público si la actividad considerada lo es a cambio de una contraprestación del particular (aunque no tiene este carácter, por ser accesoria, la tasa. Es decir, ALESSI no confunde la inexistencia de contraprestación con la gratuidad); y no hay servicio público si el fin principal de la actividad es obtener medios financieros para el ente (1).

No puede decirse que la doctrina española haya realizado aportaciones transcendentales a la teoría del servicio público, aunque si hay que destacar su buen sentido de propiciar una concepción estricta y técnica, desde el principio (2) y el intento doctrinal de elaborar una nueva noción, la de --

(1) Principii, cit. pag. 439 y 440

(2) Recuérdesse la definición de JORDANA DE POZAS como "actividad de prestación, dirigida a proporcionar utilidad a los particulares, que viene impuesta cabalmente por razones de interés público" (citada por GARRIDO FALLA en su Tratado, vol. II cit. pag. 345.

"gestión económica", no aceptada sin embargo, por la totalidad de la doctrina (1).

No pretendemos, por tanto, sino apuntar algunos aspectos que reflejan la posición de esta doctrina. Para GARRIDO FALLA. "de la total actividad prestadora, realizada por el Estado, hay una parte de ella... que ha sido asumida como competencia propia, por razones inmediatamente derivadas del interés público, es decir, porque con tal actividad se satisface directamente una necesidad de carácter público..." (2) aunque no dice exactamente en qué consista tal asunción. GARCIA de ENTERRIA entiende, por su lado que "todo servicio público es un monopolio, en cuanto que la nota esencial de su idea es que solo pueda organizarlo la Administración titular del mismo, en cuanto que es una competencia exclusiva" (3). Aunque la idea no se encuentra más desarrollada parece que el autor ha querido centrar la idea del servicio público en la titularidad de la Administración, la que se traduce en una competencia exclusiva para "organizar" el servicio, pero no, necesariamente, para ejecutarlo.

VILLAR PALASI acoge una noción de servicio público - que recuerda algunas definiciones de la doctrina italiana, según la cual es "aquella actividad administrativa de prestación positiva, a través de un servicio técnico regular y continuo, realizado para y frente al público, por organización pública

(1) vid. VILLAR PALASI. La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo, en R.A.P. nº 3, 1950. En contra GARRIDO FALLA: Las transformaciones del régimen administrativo, Madrid 1950 pags. 140 y ss. Si bien en su Tratado - dulcifica sus posiciones. A favor, GARCIA de ENTERRIA, E. La actividad industrial y mercantil de los Municipios R.A. P. nº 17, 1955

(2) Tratado. cit. pag. 351 El subrayado es nuestro

(3) en La actividad industrial..., cit. pag, 117

"nombre propio" o por delegación" (1). No entramos aquí en la polémica sobre el nuevo concepto de gestión económica que este autor introduce junto a los clásicos de policía, fomento y servicio público, dada la escasa relevancia que puede tener - en el terreno de nuestra investigación.

GARCIA TREVIJANO parte, para configurar la noción de servicio público de una serie de índices: interés general; monopolio de iure ; regularidad o continuidad en la prestación. La clave es su concepto de "monopolio" que, según sus palabras, "se refiere a la interdicción de la actividad libre de los particulares en el comercio o en la industria" (2). Nótese que no se trata de interdicción de la actividad de los privados, sino solo de la actividad "libre", aunque el autor no precisa en qué consiste la restricción o eliminación de la libertad. Lo cierto es que admite la idea de los servicios públicos naturales (3) y de los servicios públicos virtuales o impropios ("Existen unas actividades que, sin estar asumidas por el Estado como propias, no pueden identificarse con el comercio privado; tienen características especiales en cuanto - que van dirigidas impersonalmente a la colectividad, sufren un régimen de tarificación, no pueden ser ejercidas sin autorización previa (autorización de carácter positivo y no simplemente policial), y por estar sometidas a un control de la Administración") (4) bastando con dos requisitos: la autorización previa y el interés público.

(1) en La actividad industrial del Estado... cit. pag. 60

(2) vid. Aspectos de la Administración Económica R.A.P. nº12(1953) pag. 17. vid. igualmente Tratado de Derecho Administrativo Tomo II vol. I, 2ª Ed. Madrid, 1971, pages 25 y ss.

(3) Cuando dice que "no todo servicio público está en un determinado momento en manos, directa o indirectamente, de la Administración; en Aspectos, cit. pag. 17

(4) Aspectos... cit. pag. 26

Un análisis detallado de las diferencias entre los servicios públicos impropios y los virtuales se encuentra en ENTRENA CUESTA, a quien se debe igualmente una formulación original de la categoría del "servicio de interés público"(1).

ALVAREZ GENDIN entiende por servicio público "una coordinación o conjunto de actividades jurídico-administrativas, financieras y técnicas que organizan el Estado o las corporaciones autárquicas, por pertenecer a su iniciativa, encaminadas a satisfacer económicamente necesidades públicas, de una manera regular y continua" (2), definición de la que queremos destacar la idea de que "pertenecen a su iniciativa".

Creemos innecesario alargar esta exposición de la doctrina española, pues la muestra es suficientemente representativa de la misma, y nos sirve para concluir: 1) que está alineada, en general, en una concepción estricta del servicio público; 2) que algunos autores admiten supuestos paralelos del mismo, bajo denominaciones diversas (servicio de interés público, virtual, impropio, etc.) y 3) que la noción clave para la definición estricta del servicio público por la mayoría de la doctrina española se encuentra en la noción de asunción de la actividad, como ya lo advirtió y demostró M. BAENA del ALCAZAR (3), si bien este autor realiza una crítica de las dis

(1) Para este autor los servicios de interés público son "servicios privados, pero por el interés que ofrecen para la colectividad, la Administración podrá someterlos a una serie de controles que se iniciarán con la exigencia de la autorización y se mantendrán a lo largo del desarrollo de la actividad autorizada mediante la necesidad de someterse no ya a las condiciones, términos y modos que a dicha autorización se añadan, sino, lo que será más frecuente, a toda una disposición de carácter reglamentario" (en El servicio de taxis, R.A.P., nº 27, 1958)

(2) vid. su Tratado General de Derecho Administrativo. Tomo I Barcelona, 1958, pag. 475

(3) vid. Los transportes mecánicos... cit. pags. 81 y ss.

tintas posiciones en cuanto que no explican suficientemente - en qué consiste tal asunción de la actividad precisando su posición de que "solamente se pisa terreno firme cuando existe una declaración expresa y suficiente de que la titularidad de la actividad en cuestión ha sido asumida por el Estado, llámese este acto estatal reserva, publicatio o asunción de la actividad, ya que sin esto es inexplicable y confuso todo lo -- que quiera aventurarse sobre el carácter público o privado de una actividad" (1). También este autor acepta que "existe en nuestro ordenamiento, sin perjuicio de otros muchos supuestos de asunción sin otorgamiento en concesión, una noción de servicio público en sentido estricto respecto a la que el investigador puede moverse en terreno firme, siempre que habiendo reserva se haya otorgado la actividad con objeto de disciplinar mejor la iniciativa privada mediante la concesión; y otra noción referente a estas actividades de interés público, en las que no hay reserva, pero respecto a las que se requiere una autorización que dé título a una fuerte intervención administrativa" (2), analizando seguidamente las diferencias entre autorización y concesión.

Nos referimos, finalmente, a la significación actual de la teoría del servicio público en aspectos no suficientemente subrayados por la doctrina. Aparte del "valor substancial e informador (metajurídico, si se quiere) del concepto" que le atribuye GARRIDO FALLA (3), se encuentran escasas referencias a este tema en la doctrina española. En este punto nos parece, pues, fundamental referirnos a la obra de POTOTSCHNIG (4).

A diferencia de la doctrina clásica el autor se ha -

(1) ibidem pag. 83

(2) ibidem pag. 86

(3) Tratado, vol. cit. pag. 351

(4) I Pubblici Servizi, cit. supra.

preocupado por analizar lo que considera elementos objetivos del servicio público, que no radican tanto en la naturaleza de la actividad, como ha querido ver la mayoría de la doctrina italiana, cuanto en que la ley disponga una peculiar disciplina para el ejercicio de la actividad misma (1).

De modo que "solo la sujección de la actividad a una particular disciplina... es criterio apto para proveer una definición jurídica de la figura" (2). El aserto del autor tiene su comprobación más directa en lo que se refiere a la "concesión". Pues frente a la visión generalizada que ve en ella una forma de transferir competencias de la Administración al particular, POTOTSCHNIG concluye, por el contrario, que su verdadera significación es la de ser instrumento mediante el cual la Administración disciplina una actividad ejercida por los privados (3).

Queda, quizás, un paso imperceptible, prácticamente dado por el autor: la declaración de servicio público no tiene como fin, la mayoría de las veces, la asunción directa de la gestión de la actividad por la Administración, sino legitimar a ésta para reglamentar una actividad, sometiéndola a una disciplina peculiar. De donde también el criterio inverso puede ser aceptable, pues ante una disciplina especial de la actividad en cuestión podrá presumirse que nos encontramos ante un servicio público. No deja de sorprender, pues, que nos encontremos ante una coincidencia casi absoluta entre la posición de POTOTSCHNIG y la de la doctrina francesa mayoritaria actual y del Consejo de Estado, aunque a tal coincidencia se haya llegado por tan distintos caminos. Un análisis del contenido de esa "disciplina especial" que POTOTSCHNIG descompone en una compleja serie de "programas" y "controles", confirmaría tal

(1) I Pubblici Servizi, pag, 236

(2) ibidem, pag. 420

(3) ibidem, pags. 421 y ss.

tesis aproximando su posición a las exigencias del régimen -- exorbitante y del control de tutela del Consejo de Estado --- francés. Y como éste, el autor permite incluir en la noción - de servicio los supuestos en que actúen los privados, no nece-- sariamente a título de concesionarios.

Recapitulemos, por lo tanto, al tiempo que señalamos nuestra propia posición: 1) La teoría del servicio público se encuentra en una nueva fase de revalorización, potenciada y depurada gracias a sus crisis sucesivas, sobre todo en Fran-- cia. 2) Aunque existen diferencias entre diversas concepcio-- nes, la mayoría de la doctrina acepta que se trata de servi-- cio público la actividad de interés general asumida por el Es-- tado, y realizada por éste o por una persona privada. 3) En - lo que no existe acuerdo es, precisamente, en cuanto a si son servicios públicos las actividades realizadas por los priva-- dos, no concesionarios, pero sujetos a un especial control de tutela por parte de la Administración. En este punto, sin em-- bargo, hay que destacar que la doctrina francesa mayoritaria, siguiendo a la Jurisprudencia admite que, en tales supuestos, nos encontramos ante un servicio público, y que la doctrina - española no es ajena al fenómeno, si bien acude, para deslin-- darlo del servicio público "sensu stricto", a una categoría - cercana: el servicio de interés público (BAENA, ENTRENA, GAR- CIA TREVIJANO...).

En este terreno es lícita, pues, la elección entre - los distintos criterios en presencia, bien que fundándola en una razón suficiente. Nosotros entendemos acertada la doctri-- na del Consejo de Estado francés al elaborar una noción de -- servicio público que incluye los supuestos de actividad reali-- zada por los privados sujetos a un régimen especial y a tute-- la de la Administración, aunque tales privados no sean conce-- sionarios, pues nos parece que tal construcción permite abando-- nar el cauce estrecho de la concesión (y supuestos próximos - residuales) y abarcar la totalidad de los supuestos a través

de los cuales el Estado puede reglamentar la actividad y someter a control de tutela a los privados, de los cuales la concesión es una parte, pero solo una parte. Configurar a todo - este amplio ámbito como "servicios de interés público" es una opción terminológica, y como tal convencional, y válida. Pero no parece que deba rechazarse igualmente la convención contra ria, de incluirlos dentro del género común del servicio público, sin calificativos, supuesto que la doctrina no parece encontrar ninguna diferencia esencial en el régimen jurídico de tales presuntas categorías, como no sea la del acto de autorización y el acto de concesión como fundamentos legitimadores diversos de la actividad de los privados en uno y otro caso. Pero tales diferencias son convencionales e incluso más aparentes que reales (1).

(1) Como demuestra M. BAENA del ALCAZAR, en Los transportes... cit. pags. 87 y ss. donde resalta la existencia de autorizaciones que implican, al mismo tiempo, una reglamentación de la actividad a desarrollar por el autorizado.

IV.- EL SERVICIO PUBLICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA

IV.1.- Calificación

Solo con la mínima referencia a los datos que se recogen en las páginas precedentes entendemos posible intentar calificar a la Seguridad Social como servicio público, intento para el que debe partirse del hecho previo de que ninguna Ley ni Reglamento califica expresamente a aquella como tal, mientras que, como ya se ha visto, los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema solo lo han abordado marginalmente, y no queda, por lo tanto, sino un elenco de calificaciones doctrinales generalmente apriorísticas, y nacidas sin el cuidado de demostrar y comprobar si la Seguridad Social reúne o no los elementos que se entienden implícitos en el concepto. Hagamos un breve examen, pues, de tales elementos:

1) No insistiremos en cuanto al primero de los elementos según la opinión doctrinal, en este punto prácticamente unánime: el carácter de actividad de interés general, el interés público -perseguido. Sin entrar en disquisiciones doctrinales sobre el carácter del interés público perseguido (1) se admitirá sin discusión que mediante el sistema de Seguridad Social no se persigue satisfacer, simplemente, intereses privados, sino un fin público estatal, así reconocido desde el momento en que las normas constitucionales lo proclaman y otras ordinarias lo establecen desarrollando aquellas. La naturaleza de la Seguridad Social, conceptualmente contrapuesta a las medidas autonómicas de seguridad, apoya este mismo criterio, pues el Estado no tiene por qué asumir la realización de fines puramente privados. Y la Seguridad Social, al contrario, se impone a los intereses privados de los sujetos obligados y beneficiarios.

2) Por lo que se refiere al criterio de la asunción por el Estado de la actividad, el capítulo anterior está prácticamente

(1) Sobre lo que no existe acuerdo, como señala documentadamente POTOTSCHNIG

destinado a mostrar que la Seguridad Social es una función -- del Estado. Nos queda por analizar el esquema formal de las - actividades asumidas por el mismo para la realización de la - Seguridad Social, lo que abordaremos más adelante.

Naturalmente, nos estamos moviendo aquí en un plano distinto al terreno de la gestión, pública o privada de la actividad, en el de la publicatio de la actividad misma. Producida ésta hay que pensar, con palabras de M. BAENA, que pisamos terreno firme para calificar la actividad como servicio - público.

3) El criterio orgánico, conforme al cual el gestor debe ser un ente público o un ente privado operando "por delegación" - de aquél, ya vimos que es un criterio, no exactamente en crisis, sino superado y remodelado de acuerdo con una nueva concepción que atiende, más que a la naturalza del ente, a la - existencia de unas relaciones de control de tutela sobre el - mismo, por parte de un ente público. Lo que está en crisis, - pues, no es el concepto de "servicio público", sino la exigencia de concesionario interpuesto.

Este es el punto que hemos de examinar después con - mayor detenimiento, puesto que, como se verá, el cuadro de -- los entes gestores públicos se completa con la legalmente denominada colaboración en la gestión, en la que participan los entes privados que constituyen el núcleo de esta investigación.

Por lo tanto, sólo cuando analicemos la relación existente entre la Administración y las Mutuas Patronales podremos concluir si, realmente, estas últimas se integran o no en el concepto de criterio orgánico que hemos aceptado.

4) El criterio formal viene constituido por lo que podemos denominar el régimen jurídico de la actividad misma y de su gestión. Más adelante podremos señalar como en este punto el Derecho español de Seguridad Social es fundamentalmente Derecho público y no Derecho Privado.

Proponemos, pues, examinar con carácter previo las siguientes cuestiones: 1) Las funciones asumidas por el Estado para la realización de la Seguridad Social; 2) Naturaleza pública del Derecho de la Seguridad Social

1.- Aunque existe algún análisis de las funciones asumidas -- por el Estado en materia de Seguridad Social (1) se trata, en general, de estudios empeñados en categorizar las distintas -- funciones más que en examinar el cuadro general de éstas que es lo que se pretende aquí para verificar en la práctica el -- cumplimiento del fin constitucional. Examinados el compromiso constitucional y legal, veamos ahora como se ejercen en su prefiguración legal.

a/ Existe, en primer lugar, una función de ordena---
ción y reglamentación de la Seguridad Social que corresponde al poder Legislativo y al Ejecutivo conforme a la distinción siguiente:

a'/ Al legislativo corresponde el establecimiento de la Seguridad Social (como es regla de todo servicio público) lo que ha verificado mediante la denominada Ley de Bases de la Seguridad Social y las reguladoras de determinados Regímenes Especiales (Agrario, Mar), así como la modificación de lo dispuesto en esas Leyes o en los textos Articulados o Refundidos de las mismas (2).

Naturalmente, el juicio de la función legislativa resulta sumamente difícil, supuesto que la deficiente regulación

- - - - -

- (1) vid. RODRIGUEZ PIÑERO, El Estado y la Seguridad Social, en R.P.S. nº 61, 1964
- (2) Actualmente se encuentra vigente el Texto Refundido de la Ley Articulada de 21 de Abril de 1966 y la Ley ordinaria 24/72, de 21 de Junio, aprobado por Decreto de 30 de Mayo de 1974

constitucional no puede servir de referencia para juzgar si - está o no cumpliendo con la legalidad superior, y que el contenido de las leyes aprobadas responde a opciones políticas - que deben ser, pues, juzgadas desde esa sola perspectiva (1).

Hay que precisar que el Legislador ha tendido a encomendar al Ejecutivo la regulación de la mayoría de los aspectos -incluso de algunos que pudieran parecer vitales desde el punto de vista de los derechos y libertades públicas como las cotizaciones- o incluso a deslegalizar sectores concretos de la Seguridad Social (2).

Junto a este diagnóstico de deslegalización hay que señalar la utilización por el Gobierno del recurso al Decreto-Ley, fundamentalmente en lo que se refiere a cotizaciones --- (contra el sistema impuesto en la Ley 24/72) y en materia de régimen de Desempleo.

b'/ Al Ejecutivo corresponden las facultades siguientes:

El Gobierno, respecto del que hay que recordar que - -aparte de la utilización del Decreto-Ley, puede actuar funciones delegadas del Legislativo (Decretos Legislativos) o actuar, sin más, potestades reglamentarias.

-
- (1) Si alguna crítica cabe del Legislativo desde una perspectiva puramente técnica es la incoherencia de las distintas ordenaciones surgidas del mismo, como lo evidencia la regulación del Régimen Especial de Funcionarios Civiles - del Estado, que equivale a sustraer del Sistema de la Seguridad Social ese Régimen Especial, contra la inicial -- previsión del propio legislador.
 - (2) Las materias reguladas exclusivamente por la Ley son escasas. Las líneas generales del campo de aplicación, de la acción protectora, de la financiación y la gestión, están reguladas en normas con rango de Ley formal. Pero la mayoría de las cuestiones se dejan a la competencia del Ejecutivo, desde la cuantía de las prestaciones económicas, -- hasta la cuantía de las aportaciones de los empresarios y trabajadores, pasando por el mayor o menor nivel de protección que cada beneficiario pueda recibir.

En cuanto a las funciones legislativas delegadas, el sistema español de Seguridad Social ha descansado, precisamente, en las dos fórmulas posibles de Decretos Legislativos: el Texto Articulado y el Texto Refundido, sucesivamente; el Texto Articulado I de la Seguridad Social fué aprobado inicialmente por Decreto de 21 de Abril de 1966, en desarrollo de la Ley de Bases de 28 de Diciembre de 1963; la Ley 24/72, de 21 de Junio denominada de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora, ordenaba al Gobierno la aprobación de un Texto Refundido de esa Ley con la de 21 de Abril de 1966 y -- con las disposiciones referidas a la Seguridad Social contenidas en textos con rango de Ley formal. Y en cumplimiento de ese mandato se dictó el Texto Refundido de 30 de Mayo de 1974 conocido como Ley General de la Seguridad Social.

Debe recordarse que un Texto Refundido no es una simple recopilación de normas (1) sino que implica igualmente una armonización y homogenización de las mismas, cuando respondan a principios distintos, de acuerdo con la orientación principal y dominante del sistema, implicando pues un margen tolerable de innovación, lo que GARCIA de ENTERRIA denomina un "aliquid novi". En tal sentido no se puede acusar al Gobierno de haber traspasado los límites de la legalidad por el hecho de que el Texto Refundido contenga alguna innovación aparente, salvo en un punto que afecta a la gestión en que ha -- "traspasado" la personalidad jurídica atribuida a la Caja de Compensación del Mutualismo Laboral, al Servicio del Mutualismo Laboral que, hasta entonces carecía de ella.

Por importantes que sean las razones que propicien el dotar de personalidad jurídica a un organismo que carece de ella, no cabe dar por válido el otorgamiento de esa perso-

- - - - -

(1) Como magistralmente ha expuesto GARCIA DE ENTERRIA en su obra Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial, Ed. Tecnos, Madrid 1970

nalidad efectuado al socaire de una operación técnica que no legitimaba para adoptar medidas de racionalización contra las reglas más elementales del ordenamiento jurídico.

Por lo que se refiere a la competencia del Gobierno en cuanto potestad reglamentaria propia, viene delimitada por la atribución que de la misma se hace por el poder legislativo. Como quiera que los Ministros poseen igualmente potestad reglamentaria, y fundamentalmente el Ministerio de Trabajo (1) el análisis debe realizarse, precisamente por comparación de las facultades de uno y otro para indagar donde reside el peso de las potestades reglamentarias de la Seguridad Social.

Sin caer en un análisis exhaustivo de aquellas, que no es de este lugar, nos interesa únicamente señalar ahora la regla general de distribución de competencias entre Gobierno y Ministro de S. y S.S. Tal regla general no está determinada expresamente en la vigente legislación de Seguridad Social, - no obstante lo cual pueden obtenerse de la interpretación de algunos de sus preceptos las siguientes conclusiones:

1ª Al Gobierno corresponde dictar los llamados Reglamentos Generales de aplicación de la Ley. En tanto que al Ministerio - de S. y S.S. le corresponde "el ejercicio de la potestad reglamentaria" no atribuida al Gobierno (art. 4º 1.b. L.G.S.S.)

Resulta así una conclusión indiscutible: que los órganos competentes en la reglamentación de la Seguridad Social lo son el Gobierno y el Ministerio de S. y S.S.

(1) Conforme al artículo 4º de la Ley General de la Seguridad Social. Ahora bien, instituido recientemente el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social (artículo 12 del Real Decreto de 4 de Julio de 1977) las referencias de la legislación al Ministerio de Trabajo deben entenderse hechas al Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, al que en adelante nos referiremos.

2ª. Tal atribución genérica no resuelve, sin embargo, el problema, puesto que en ningún sitio se dice qué es un Reglamento General. Por tanto, para saber si el competente es el Gobierno o el Ministerio se proponen las siguientes reglas:

α) La potestad genérica y primordial es la del Gobierno. En consecuencia, cualquier tema reglamentado por éste veda al Ministerio su reglamentación en contrario.

β) En los supuestos en que no exista regulación por parte del Gobierno, habrá que examinar si la materia concreta está asignada o no a algún órgano de la Administración. Si no está asignada hay que distinguir los supuestos en que exista Reglamento General del tema en su conjunto, que no afecte al específico en cuyo caso debe entenderse competente el Ministerio, del supuesto en que no exista Reglamento General, en cuyo caso corresponde al Ministerio no dictar el Reglamento sino "proponer al Gobierno" el que sea de aplicación (art. 4º 1. a) L.G.S.S.)

Aparte de estas reglas genéricas de distribución de competencias, puede realizarse una indagación en sentido vertical en función de las áreas principales del sistema de Seguridad Social y lo que nos permite distinguir:

- El campo de aplicación, en el que se aprecia su fuerte legalización, y donde las competencias del Gobierno y del Ministerio se encuentran relativamente equilibradas (1).

- La financiación y el régimen económico-financiero, en donde, aparte de las facultades del Legislativo, el órgano con potestades decisivas es el Gobierno, al que corresponde la fijación del tipo de cotización y su distribución entre empresario y trabajador, y la fijación de las primas de accidente de trabajo.

(1) Pues los Regímenes Especiales, cuyo establecimiento puede dar lugar a un ensanchamiento del campo de aplicación, -- pueden ser creados, según los casos, por el Gobierno o por el Ministerio (artículo 10 L.G.S.S.)

- La acción protectora ofrece un diagnóstico más complejo --- puesto que: en cuanto a las prestaciones económicas su existencia misma está legalizada y tasada, y en algunas ocasiones los elementos de determinación de su cuantía. En lo no reservado a Ley el Gobierno es órgano competente, así como para la revalorización de las pensiones y la fijación de las cuantías de protección a la familia. Pero en cuanto a los servicios sociales, es el Ministerio el que ostenta las competencias fundamentales en la materia. El aparente equilibrio en materia de acción protectora entre el Gobierno y el Ministerio se --- quiebra a favor de éste último puesto que le corresponde la distribución del tipo único de cotización del Régimen General entre las distintas contingencias y situaciones, lo que le otorga un amplio margen para determinar no solo la política de servicios sociales, sino la de asistencia sanitaria, (teniendo en cuenta que el carácter reglado de las demás prestaciones no puede alterarse en su cuantía por las competencias en cuanto a la distribución del tipo) (1)

- La Gestión es un sector en buena parte deslegalizado salvo algunos aspectos muy concretos (órganos competentes para la regulación de su régimen jurídico y del control; naturaleza de las entidades; patrimonio...). Puede decirse que, en este aspecto, las facultades recaen, de manera casi absoluta, en el Ministerio, con excepción del régimen de contratación y de las relaciones de las entidades gestoras con otras entidades ajenas al sistema de Seguridad Social. Al Ministerio corresponde dictar las disposiciones relativas a la Constitución, régimen orgánico y funcionamiento de las entidades gestoras, y el establecimiento de Servicios Comunes (art. 38.3 L.G.S.S.) y la modificación y suspensión de las facultades y poderes atribuidas a cada una de ellas; etc.,etc.

(1) Por lo demás, el crecimiento de los gastos en materia de asistencia sanitaria y servicios sociales en el contexto global de la distribución funcional del gasto de la Seguridad Social, muestra que no se trata de una competencia solo teórica. Vid al efecto Libro Blanco de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo, Madrid 1977, pags. 96 y s.s.

El examen anterior nos permite concluir que la reglamentación de la Seguridad Social corresponde a los órganos -- del Estado: al Legislativo corresponde el establecimiento del servicio público de la Seguridad Social y trazar sus líneas -- generales; mientras que la Administración Pública ostenta el grueso de las facultades de reglamentación del servicio, de modo que los entes gestores, en los que se incorporan representaciones de los particulares, carecen de poderes de reglamentación sobre el servicio, con independencia de su naturaleza jurídica. El esquema es, pues, el ordinario de los servicios públicos, puesto que los particulares no pueden reglamentar, cualquiera que sea su interés en ello, ni el más mínimo aspecto del funcionamiento y organización de aquél.

b/ Aparte de la función ordenadora del servicio, la L.G.S.S. atribuye al Estado las de jurisdicción e inspección. No obstante no dedicaremos al tema mayor importancia en este lugar, puesto que la Jurisdicción es una función que no dice referencia al servicio público sino a la garantía de los derechos de los particulares, ya nazcan éstos de relaciones interprivatos, ya sean consecuencia del funcionamiento de un servicio público. La existencia, pues, de un orden jurisdiccional encargado de examinar las cuestiones en materia de Seguridad Social, no constituye un elemento revelador en cuanto a la -- existencia o el funcionamiento de un servicio público. Y por lo que se refiere a la Inspección hay que llegar a conclusiones semejantes, puesto que su cometido material puede afectar no sólo a los servicios públicos sino al cumplimiento por los privados de obligaciones establecidas por el Estado fuera del ámbito estricto del servicio público.

Ciertamente que, entre las funciones de la Inspección de la Seguridad Social existen algunas que pueden inscribirse dentro del capítulo de los medios de control de la Administración sobre los entes gestores. Ellas deben ser, pues, estudia

das en el seno de ese capítulo específico.

c/ El control de la gestión de la Seguridad Social - corresponde igualmente a la Administración del Estado, y dentro de ella fundamentalmente al Ministerio de Sanidad y Seguridad Social (hasta hace poco de Trabajo).

La Ley define el conjunto de facultades que ostenta el Ministerio sobre los entes gestores como "dirección, vigilancia y tutela", aparte de las facultades de reglamentación que sobre la gestión posee. A diferencia de otros sistemas en los que la Seguridad Social se encuentra sometida al control del Parlamento, el español ha carecido de esta clase de control hasta la reciente Ley General Presupuestaria, lo que ha tenido como contrapeso un especial reforzamiento de los controles de la Administración central sobre los entes gestores y colaboradores.

No es este el lugar para realizar una exposición detallada y exhaustiva de tales facultades de control (1), habida cuenta, por lo demás, de la dificultad resultante de la dispersión de normas que atribuyen facultades de esa naturaleza. Baste con señalar las principales categorías de esas facultades: El control sobre los órganos de gobierno de las entidades gestoras se realiza mediante el nombramiento por el Ministerio de los directivos de las entidades y de determinados vocales de los órganos colegiados, pero también mediante el sistema de las "reuniones personales" (el Subsecretario de Seguridad Social es "Jefe nato" del Servicio del Mutualismo - Laboral y "Presidente nato" del Consejo de Administración del Instituto Nacional de Previsión; el Director General de Servicios Sociales es "jefe" de los Servicios Comunes que gestionan Servicios Sociales...) Otra categoría de facultades es la

(1) Una descripción bastante detallada en DE LA VILLA-DESDENTADO. Manual de Seguridad Social, cit. pags. 501 y ss.

que se refiere a control sobre los actos, que incluyen las de aprobar o vetar los acuerdos de los órganos de gobierno de las entidades gestoras o suspenderlos, según los casos. Existe, incluso, una disposición sobre los bienes de los entes, que se consideran solamente "adscritos" pero no propiedad de los mismos, de modo que el Ministerio puede decidir su transferencia de unas entidades a otras, aparte de las facultades sobre su adscripción inicial a través de la distribución del tipo de cotización entre las contingencias que cada uno administra, y de la facultad de aprobar sus presupuestos.

La vigilancia de las entidades se encuentra confiada a la Inspección de Trabajo, órgano de la Administración del Estado competente no solo en materia laboral sino en Seguridad Social.

Como en cualquier otro servicio público, pues, la Administración no solo lo reglamenta sino que mantiene en sus manos el control de su gestión. Y en ese sentido los entes gestores no son sino meros ejecutores de un servicio organizado y controlado por aquella.

d/ La financiación del servicio público de la Seguridad Social española es predispuesta por el Estado. Aunque desde un punto de vista aparente son los privados, más o menos interesados, quienes cargan con la mayor carga de la Seguridad Social, jurídicamente es el Estado quien determina los sujetos pasivos de la cotización, y los elementos determinantes de la deuda tributaria.

Aunque las aportaciones procedentes de los Presupuestos Generales del Estado cubran solo una mínima parte de la financiación, el resto es cubierto precisamente por aportaciones que proceden de obligaciones de cotizar, justamente impuestas por el Estado, y por lo tanto aportadas por él.

Más adelante, nos referiremos a la naturaleza tributa

ria de las cotizaciones, como prueba de que el servicio de la Seguridad Social no otorga sus prestaciones a cambio de una contraprestación. Recuérdese, por lo demás, lo dicho más arriba sobre la inexistencia de sinalagma genético y funcional entre las obligaciones de cotizar y de pago de prestaciones.

2.- Por lo que se refiere al carácter de Derecho Público del sistema normativo español de Seguridad Social, entendemos que puede llegarse a las mismas conclusiones que SAVY para el sistema francés (1). En efecto, en la Seguridad Social española se ha producido, como en la francesa, una generalización progresiva de la misma no solo a los trabajadores asalariados -- (con independencia de su situación económica) sino a los no asalariados (trabajadores autónomos de la agricultura, la industria, el comercio, los servicios, escritores, artistas, to reros...). También aquí la conexión entre las cotizaciones y las prestaciones como nexo sinalagmático ha cedido terreno a la idea de que la Seguridad Social protege un interés público a proteger con independencia del cumplimiento de sus obligaciones por los privados, y la idea de contrato de seguro ha cedido por completo a la imposición heteronómica de las medidas de seguridad dispuestas por el Estado. Y este interviene en todo momento, estableciendo el servicio de la Seguridad Social, reglamentándolo, determinando la política de protección y regulando los derechos y obligaciones de los comprendidos -- en su campo de aplicaciones y de los obligados al pago de cotizaciones; estableciendo las entidades gestoras y regulando su régimen jurídico y sus relaciones con terceros... ostenta, en fin, un conjunto de facultades de control e inspección sobre esas entidades.

El régimen jurídico de los entes gestores es de Derecho Público, como mostraremos luego. La afiliación es obliga-

(1) En su artículo, Securité sociale et Droit Public, cit.

toria en todos los casos en que el sujeto se encuentra en la situación predeterminada por la Ley. El Estado puede modificar en todo momento, mantener o reducir las cotizaciones o las prestaciones, a diferencia de lo que ocurre con los derechos contractuales de las partes en el seguro privado, pues el beneficiario se encuentra en una situación legal o reglamentaria. Los privilegios de los gestores (ejecutoriedad de sus actos, procedimientos de recaudación) son idénticos a los de los entes públicos y recuerdan los procedimientos y técnicas del Derecho fiscal.

Lo anterior excluye la posibilidad de configurar el sistema español de Seguridad Social como un hipotético servicio social, para contraponerlo a los demás servicios públicos(1)

Estimamos suficiente lo anterior para concluir que el sistema español de Seguridad Social es un servicio público, y además, que se trata de un servicio público ordinario, no separable del régimen de los demás servicios, por lo que no cabe configurarlo como un servicio social o servicio público social (2). En consecuencia, hay que entender que son aplicables a ese servicio público las reglas de continuidad, mutabilidad e igualdad propias de los mismos.

(1) Esto es importante no solo a efectos del régimen jurídico privado aplicable, según cierta doctrina, a los servicios sociales, una vez que se ha constatado que la Seguridad Social es, ante todo, Derecho Público. Lo principal es negar en vía de principio, la hipótesis de que estos servicios no implican, como los demás servicios públicos, el monopolio de organización, y que expresa claramente E. SAYAGUES LASO cuando dice "la intervención estatal no excluye la actuación de los particulares quienes también pueden moverse en ese campo ejerciendo un derecho propio... Es una zona de actividad en la que concurren naturalmente las personas públicas y privadas. (vid. su Tratado de Derecho Administrativo. Vol. I Montevideo, 1953, pags, 78 y 79. El subrayado es nuestro)

(2) En contra DE PEREDA MATEOS, Los Servicios Comunes.... cit. pag. 167.

V.- LA GESTION DEL SERVICIO PUBLICO

La legislación española de Seguridad Social preve como entidades gestoras, desde la Ley de Bases, el Instituto Nacional de Previsión y las Mutualidades Laborales, para el Régimen General, permitiendo la creación de entidades gestoras de Regímenes Especiales de acuerdo con "las disposiciones que los regulen (1) y la participación en la gestión de las empresas y Mutuas patronales, respecto de los accidentes de trabajo y enfermedad profesional (2).

De acuerdo con tales previsiones y con la contenida en la L.G.S.S. que permite la creación de Servicios Comunes - se ha creado una pléyade de entidades y organismos, lo que hace preciso una primera clasificación de las mismas para tener un conocimiento básico de la gestión de la Seguridad Social y de su régimen jurídico.

Dejando aparte a las Mutuas y a las empresas que colaboran en la gestión, a las que dedicamos el capítulo siguiente, nos encontramos, pues, con las siguientes categorías de - entidades: 1) Instituto Nacional de Previsión; 2) Mutualidades Laborales del Regimen General; 3) Entidades Gestoras de Regímenes Especiales, cuyas denominaciones varían, si bien son calificadas generalmente como Mutualidades, dentro de cuyo género se utiliza unas veces el calificativo "Nacional" (Mutualidad Nacional Agraria, Mutualidad Nacional de Empleados de Hogar) y otras "Laboral" (Mutualidades Laborales de Autóncomos, Mutualidad Laboral del Ejercito, Mutualidad Laboral de Artistas...) aunque en algún caso se utiliza la denominación de -- Montepío (en el Régimen de Toreros). Dentro de estas entidades debe incluirse al Instituto Social de la Marina. 4) Los Servicios Comunes, que extienden su acción a todo el ámbito -

-- -- -- -- --
(1) Base XVII nº 69 Ley de Bases y artículo 38.4 L.G.S.S.

(2) Base XVII nº 73 y L.G.S.S. art. 199

del sistema (Régimen General y Especiales).

¿Cual es la naturaleza jurídica de estas entidades?. Por supuesto, no plantea problemas el Instituto Nacional de Previsión, generalmente calificado como persona jurídica pública fundacional, en lo que prácticamente existe unanimidad doctrinal (1). Pero sí existe en lo que se refiere a las Mutualidades Laborales, respecto de las cuales la doctrina es menos clara. Debe partirse de su calificación legal conforme a la cual son "corporaciones de Derecho Público integradas -- por empresarios y trabajadores". Partiendo de esa definición se ha, en ocasiones, aceptado sin discusión que esa sea la naturaleza de esas entidades (2) e incluso, se han sacado sus consecuencias, afirmándose que estamos en presencia de personas públicas "no estatales" (3) a diferencia de lo que ocurre con el Instituto Nacional de Previsión.

A nuestro juicio la configuración concreta de tales entidades es la dada por VIDA SORIA (4) que incluye a las Mutualidades Laborales dentro del mismo género de personas jurídico-públicas fundacionales a que pertenece el Instituto Nacional de Previsión, pues "el dato de una creación estatal es evidente y no requiere mayor detenimiento que la simple lectura de la norma... que, además, se cuida de delimitar el ámbito del poder de decisión de las Mutualidades (adscribiendo su actuación a un fin expresamente determinado) y que expresa la adscripción de las entidades a un órgano estatal" (5).

- - - - -

- (1) Y no solo eso, sino que el I.N.P. es utilizado casi siempre como ejemplo de la descentralización funcional, y como uno de los primeros exponentes, cronológicamente hablando, de la Administración institucional.
- (2) vgr. ALONSO OLEA, Instituciones, cit. pág. 317, para el que se trata de asociaciones mutuas forzosas.
- (3) MEILAN GIL, J.L. El Mutualismo Laboral, cit. pág. 299
- (4) En Aspecto jurídico de la gestión de la Previsión Social, cit. págs. 148 y ss.
- (5) Idem.

El principal obstáculo que se pudiera realizar a su teoría -la participación de los trabajadores y empresarios en los órganos de gobierno de las Mutualidades Laborales- es combatido por el autor señalando que tal circunstancia no afecta a la calificación de las entidades "pues de la investigación del carácter de la actividad asignada a esos miembros elegi-- dos se deduce claramente su carácter secundario, siendo lógi-- co deducir que su actuación obedece a que el Estado, conside-- rando la naturaleza de la función que cumplen tales entidades ha estimado oportuno compatibilizar el cumplimiento de una -- función que le es propia con la participación de los afecta-- dos por las medidas en concreto" (1). Por otra parte VIDA ob-- serva que las Mutualidades persiguen un interés que es esta-- tal y público, y no colectivo, frente a la exigencia de GARRIDO FALLA (2).

De todo ello deduce el autor que no existe inconve-- niente para calificar a las Mutualidades Laborales como un su puesto de descentralización funcional (3).

Estimamos impecable la construcción de VIDA SORIA pa-- ra calificar a las Mutualidades Laborales como entes fundacio-- nales. No obstante, y para abundar en sus argumentos nos per-- mitimos precisar: 1) Las Mutualidades Laborales no tienen ori-- gen privado, no son creadas por la voluntaria asociación de -- trabajadores y empresarios. Ha sido el Ministerio de Trabajo el que, en cada caso concreto, las ha instituido y definido -- sus competencias y fines; 2) Se encuentran sujetas a idéntico régimen de control y tutela que el Instituto Nacional de Pre-- visión, a través de las fórmulas comunes e indiferenciadas -- que examinamos en el epígrafe anterior; 3) No gestionan inte-- reses distintos del I.N.P., sino las parcelas del Régimen Ge-- neral de la Seguridad Social que les corresponde de acuerdo -

-- -- -- -- --
(1) ob. cit. pag. 150
(2) Tratado. vol. I, pags, 301-304
(3) ob. cit. pag. 153

con la distribución de competencias que la ley realiza entre uno y otros, por lo tanto, en ambos casos, son gestores del mismo fin y servicio público de la Seguridad Social; 4) Su financiación se realiza partiendo de los mismos fondos que el I.N.P., es decir, fundamentalmente de las cotizaciones de los sujetos obligados. Ahora bien, el Ministerio es el órgano que decide la distribución porcentual de tales fondos mediante la distribución eventual del tipo de cotización entre las distintas contingencias gestionadas; 5) Tanto el personal de las Mutualidades Laborales como el del Instituto Nacional de Previsión se encuentra sometido a un Estatuto que define sus derechos y obligaciones con independencia de los típicos de la relación laboral, lo que constituye su situación en próxima a la de los funcionarios públicos; 6) El régimen jurídico de las entidades (actos, bienes, contratos...) es substancialmente idéntico, pudiendo predicarse otro tanto respecto de su régimen económico-financiero; 7) Ciertamente, en los órganos de gobierno de estas entidades mutualistas existen representaciones de trabajadores y empresarios, pero junto a ellos se encuentran igualmente representantes de la Administración (vocales natos y designados). Por otra parte, también el I.N.P. tiene en sus órganos de gobierno representantes de los trabajadores y empresarios, pero la doctrina no ha considerado ello como un obstáculo para dejar de calificarlo como ente fundacional.

Por lo que se refiere a los Servicios Comunes de la Seguridad Social hay que distinguir entre los que están dotados de personalidad jurídica, y los que carecen de ella. Estos últimos son simples órganos de la entidad gestora a la que se encuentran adscritos por la norma de su creación. Los primeros son de calificación más dudosa. Desde luego, son entes públicos no corporativos, y por lo tanto fundacionales (1).

- - - - -

(1) vid. al respecto la documentada obra de DE PEREDA MATEOS, Los Servicios Comunes..., cit. pags. 99 y 135 y ss.

Y en cuanto a las entidades gestoras de los Regímenes Especiales, una vez dilucidado el carácter de las Mutualidades Laborales no hay ninguna dificultad en configurarlas -- igualmente como entes fundacionales, respecto de aquellas que tienen aquella condición. En cuanto a las restantes su naturaleza fundacional es más clara, si cabe, dadas sus características y a pesar de la denominación genérica de Mutualidades -- que se les asigne.

Por lo que se refiere al régimen jurídico aplicable a las entidades gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social hay que partir de su condición de organismos autónomos, para comprender tal régimen como una huida del Derecho General (1). Si ello es aplicable a todos los organismos autónomos en general, que a partir de la Ley de Entidades Estatales Autónomas y disposiciones complementarias gozan de un mínimo Derecho Común, lo es aún en mayor medida para los entes de la Seguridad Social, los cuales se encuentran excluidos de la -- aplicación de aquellas por el artículo 5º de la L.E.E.A. Ex-- clusión que no carece de consecuencias prácticas, de las cuales pueden enumerarse como fundamentales las siguientes: 1) - La creación de los entes y organismos de la Seguridad Social no requiere de una norma con rango de ley formal, bastando -- con disposición del Ministerio; 2) La inexistencia de un control presupuestario parlamentario ya que las previsiones contenidas en los artículos 18 a 40 de la L.E.E.A. no son aplica-- bles a los organismos de la Seguridad Social, aunque con la - nueva Ley General Presupuestaria tal diferencia queda allanada; 3) La inexistencia de un régimen unitario de contratación de los entes; y 4) La carencia de una fórmula adecuada para - el control interno de la legalidad de los actos de las entida-- des gestoras, y fundamentalmente de aquellos que tienen carác-- ter interno, de difícil conocimiento por terceros o respecto

-- -- -- -- --
(1) Conforme a la clásica tesis de CLAVERO AREVALO en Personalidad Jurídica, Derecho General y Derecho singular en las Administraciones autónomas, D.A. nº 58, 1962

de los cuales estos no pueden ostentar un interés suficiente - para su impugnación (1),

Ahora bien, esta doble huida del Derecho General y del Derecho de los Organismos Autónomos no excluidos, no significa que el régimen de la gestión de la Seguridad Social se encuentre sometido al Derecho Privado. Por el contrario, es Derecho Público el aplicable a los actos de tales entidades y a -- los contratos (2).

-
- (1) Al no existir una Intervención General de la Administra---
ción del Estado que, como en los Organismos Autónomos, rea-
lice una fiscalización crítica de los actos. Igualmente se
echa en falta la rendición de cuentas al Tribunal de Cuen-
tas del Reino, existente en los Organismos Autónomos no ex-
cluidos.
- (2) El hecho de que normalmente los actos de las entidades ges-
toras no sean susceptibles de recurso contencioso-adminis-
trativo, no significa que no sean actos administrativos, -
sino que son recurribles ante una jurisdicción específica,
sin perjuicio de que gocen de los caracteres de aquellos -
(ejecutoriedad, reclamación o recurso previo en via admi-
nistrativa...). Por lo que se refiere a los contratos, su
régimen es semejante al previsto en la Ley de Contratos --
del Estado. Y ésta última resulta aplicable en defecto de
norma propia que específicamente regule el punto controver-
tido.

C A P I T U L O C U A R T O

REGIMEN JURIDICO DE LAS MUTUAS PATRONALES Y EMPRESAS

- I.- Normativa reguladora.
- II.- Concepto y caracteres legales.
- III.- Naturaleza jurídica.
- IV.- El objeto de la actividad de las Mutuas.
- V.- Relaciones entre el Estado y las Mutuas Patronales.
- VI.- Ambito autonómico.
- VII.- El Patrimonio.
- VIII.- Régimen económico-financiero.
- IX.- Organos de gobierno.
- X.- Aspectos fundamentales del régimen jurídico de las -
Empresas.

I.- NORMATIVA REGULADORA.

Antes de introducirnos en el régimen jurídico de las Mutuas Patronales parece conveniente ofrecer una síntesis de las posiciones más importantes que afectan a la colaboración de las Mutuas en la gestión de la Seguridad Social.

Prescindimos en este momento de una referencia a las disposiciones anteriores a la Ley de Bases de 1963, para limitarnos a ésta y a las sucesivamente vigentes después de ella, incluyendo los textos reglamentarios. Algunas de estas disposiciones se encuentran actualmente derogadas (como el Reglamento de 1967) o sustituidas (como la Ley Articulada de 1966 y la Ley 24/1972) no obstante lo cual se citan para facilitar la comprensión de la evolución normativa del régimen de colaboración.

Ateniéndonos a la cronología de las disposiciones, podemos citar como más importantes:

a/ La Ley de Bases de 1963. Debe destacarse el nº 73, base decimoséptima, que literalmente dice:

"La gestión del régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, queda atribuida, en el Régimen General, a las Mutualidades Laborales, dentro del campo de sus respectivas competencias, y en los Regímenes Especiales, a las entidades similares de estructura mutualista. Esta gestión será compatible con la atribuida a las Mutuas Patronales en las condiciones que reglamentariamente se determinen. Todas las entidades que actúen en el régimen de accidentes de trabajo, coordinarán su actuación, en su caso, con la del Instituto a que se refiere el nº 71".

b/ La Ley de la Seguridad Social de 21 de Abril de 1966 que dedicaba a las Mutuas Patronales, los artículos 46, 47.2, 202, 203, 204, 205, 206, y 207.

c/ La Ley 24/1972, de 21 de Junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora, no se refiere expresamente a las Mutuas Patronales, pero dos de sus preceptos --- afectan de manera trascendental a su regulación, a saber:

1) La Disposición Transitoria Primera, cuyo nº 2 determina que las primas por accidente de trabajo o enfermedad profesional - "tendrán^a todos los efectos, la condición de cuotas de la Seguridad Social", y

2) El art. 18 que establece que "la modalidad de colaboración de las empresas con las entidades gestoras de la Seguridad Social, a que se refiere el apartado b), del nº 1 del artículo - 208 de la Ley de la Seguridad Social, podrá ser autorizada a - agrupaciones de empresas, constituídas a este único efecto, -- siempre que reúnan las condiciones que determine el Ministerio de Trabajo, previo informe de la Organización Sindical, y en - la forma que se armonice el interés particular por la mejora - de prestaciones y medios de asistencia con las exigencias de - la solidaridad nacional".

La trascendencia de los preceptos aludidos, deriva de la atribución a los fondos de las entidades colaboradoras del mismo carácter patrimonial que es predicable respecto de las - Entidades Gestoras y, por lo que se refiere al art. 18, del -- problema que se suscita sobre si la colaboración de las Mutuas Patronales puede extenderse también a la asistencia sanitaria por enfermedad común o accidente no laboral, tema al que nos - vamos a referir con posterioridad al abordar las competencias de las entidades colaboradoras.

d/ La Ley General de la Seguridad Social, de la cual - ya hemos dicho que es un Texto Refundido, introduce, sin embargo, determinadas modificaciones sobre el texto anterior de la Ley de 21 de Abril de 1966 (derivada en buena parte de la in--

interpretación amplia que se ha dado al n° 2 de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 24 ya comentada) tales como la adscripción de recursos de las Mutuas Patronales a determinados fines, la transferencia de sus bienes a la Seguridad Social en los supuestos de liquidación de Mutuas Patronales, nueva regulación de los extornos de las entidades consecuente -- con la prohibición de lucro, etc.

e/ El Reglamento de las Mutuas Patronales, aprobado -- por Decreto de 6 de Julio de 1967, que contenía una regulación minuciosa de estas entidades (competencia, responsabilidad, -- prohibición de lucro, requisitos de constitución y funciona--- miento, convenios de asociación, coordinación con los servi--- cios comunes, régimen económico-financiero, órganos de Gobier--- no, disolución y liquidación, fusión y absorción).

f/ Las modificaciones introducidas por la Ley 24/1972, de 21 de Junio, y por la Ley General de la Seguridad Social, -- han dejado desfasado el Reglamento de Mutuas Patronales, mu--- chos de cuyos preceptos vinieron a resultar, de hecho, ilegales y dentro del cual se observan igualmente lagunas importantes.

Resultaban ilegales, por ejemplo, las normas que regulaban los extornos entre los asociados, la extinción del convenio de asociación voluntaria de la Mutua Patronal y buena parte del ámbito de autonomía estatutario incluido en el art. 14 del Reglamento.

Existían lagunas importantes en el Reglamento, como -- las relativas a la nueva configuración del patrimonio de las -- Mutuas como integrantes del patrimonio único de la Seguridad -- Social y por lo tanto todas las normas sobre titulación e ins-

cripción de sus bienes, facultades sobre el patrimonio, destino de los bienes de las entidades liquidadas, adscripción de bienes a determinadas finalidades de la acción protectora, régimen de contratación, reglamentación de la intervención y de sus propios actos en ejercicio de la dirección, vigilancia y tutela que al Ministerio corresponde, régimen de inversiones, régimen de sus centros sanitarios y de rehabilitación, contabilidad, etc.

g/ El Real Decreto 1509/1976, de 21 de Mayo, que, como ya se ha dicho deroga el anterior Reglamento General, trata de introducir en el régimen jurídico de las Mutuas Patronales las reformas producidas en el sistema por la Ley 24/1972, de 21 de Junio, tal y como ha sido incorporada en el Texto Refundido de 30 de Mayo de 1974.

El nuevo Reglamento consta de ocho capítulos, dos disposiciones finales, tres adicionales y seis transitorias. Las modificaciones más importantes introducidas en el Reglamento se encuentran en el artículo 4º del mismo, en el que se declara que los ingresos que las Mutuas Patronales obtengan, como consecuencia de las primas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y los bienes muebles en que puedan invertirse dichos ingresos, forman parte del patrimonio de la Seguridad Social, y están afectos al cumplimiento de los fines de ésta.

El principio de prohibición del ánimo de lucro que se concreta en el nº 2 del artículo 5 del Reglamento, con la prohibición de que den lugar "a beneficios económicos de ninguna clase a favor de los empresarios asociados" ha sido reforzado por una nueva regulación de los excedentes que contiene el artículo 32 del Reglamento que, frente a la libertad de disposición del 20% de los mismos, anteriormente permitidos, estable-

ce que un 10% quede destinado a la asistencia social en favor de los trabajadores al servicio de los empresarios asociados y el otro 10% a la constitución de reservas voluntarias estatutariamente previstas o, en su caso, igualmente a la asistencia social.

El Reglamento limita las facultades de las Mutuas para resolver el convenio de asociación, exime especialmente de tributos a los ingresos procedentes de primas percibidas por las Mutuas Patronales y establece determinadas modificaciones en el régimen financiero-económico-administrativo, a los que luego hemos de referirnos, e inicia un tímido avance hacía la representación de los trabajadores en los órganos de gobierno.

II.- CONCEPTO Y CARACTERES LEGALES.

Actualmente es el artículo 202 de la L.G.S.S. el que contiene una definición más genérica de las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo que, sin embargo, debe completarse con otra serie de datos que resultan de la propia Ley General y -- del Reglamento vigente.

Hemos de insistir, de acuerdo con la rúbrica, en que -- nos estamos refiriendo aquí a la configuración puramente legal. De acuerdo con la sistemática del estudio, dejamos pues para -- la segunda parte las posibles contradicciones entre esa configuración y la realidad.

El nº 2 del citado artículo 202 define a las Mutuas Patronales como "asociaciones legalmente constituídas con la responsabilidad mancomunada de sus asociados" y que reduzcan su actividad a las operaciones que el precepto enumera en relación con las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional, estableciendo en su nº 3 que "no podrán dar lugar a la percepción de beneficios económicos de ninguna clase a favor de los asociados".

De acuerdo con tales datos legales, hay que considerar como caracteres de las Mutuas, los siguientes:

1) Son personas jurídicas, lo que resulta de poner en conexión su calificación legal como asociaciones, con el artículo 35 -- del Código Civil. Tal circunstancia se encuentra reconocida, -- por lo demás, por el artículo 2º del vigente Reglamento de --- 1976, en cuyo nº 2 se dice que "una vez inscritas en el Registro existente al efecto, tendrán personalidad jurídica propia y gozarán de plena capacidad para adquirir, poseer, gravar o -- enajenar bienes y realizar toda clase de actos y contratos o --

ejercitar derechos y acciones, todo ello ordenado a la realización de los fines que tienen encomendados y conforme a lo dispuesto en este Reglamento y en sus disposiciones de aplicación y desarrollo".

Dejamos para después el tema de la naturaleza jurídica, pública o privada, de su personalidad.

2) Son personas jurídicas de base asociativa, en lo que resultan suficientemente claros y sin contradicción los textos. Su naturaleza de mutuas explica que los asociados no sean solamente las personas que inicialmente concurren a su constitución - (mínimo de diez empresarios) sino las que posteriormente se -- asocien, voluntariamente, si cumplen los requisitos estatutarios.

La cualificación de la asociación viene dada, por lo -- demás, porque los sujetos asociados son los empresarios y no -- los trabajadores o beneficiarios de la Seguridad Social. El posible error que puede resultar de la lectura del artículo 203 de la L.G.S.S. ("que concurren, como mínimo diez empresarios y dos mil trabajadores") se desvanece ante el artículo 204 que -- explica que los asociados son los empresarios, de donde la mención al número de los trabajadores no resulta otra cosa que un requisito fáctico referible a las empresas de las que son titulares los empresarios fundadores de la entidad.

3) Son personas regidas en su actuación por el principio de -- especialidad.

Como el resto de las personas o entes públicos gestores deben limitar su acción a la gestión de la Seguridad Social -- que les está encomendada, pero además, tal acción se encuentra

limitada por la Ley a la gestión de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y dentro de ella a las operaciones previstas en los apartados a), b), c) y d) del nº 2 del artículo 202 de la L.G.S.S.

Se trata, pues, de una competencia tasada, que no puede ser extendida a otras contingencias o prestaciones de la Seguridad Social por el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, a diferencia de lo que ocurre con las demás entidades gestoras, respecto de las cuales la Administración puede alterar el contenido de su competencia.

Por lo demás, este "principio de no extensión" tiene - su contrapeso en el "principio de garantía" conforme al cual - el ámbito de competencia de las Mutuas legalmente prefijado no puede ser reducido por el Ministerio.

4) La responsabilidad mancomunada de los asociados no implica que estas entidades no sean directamente responsables de sus actos, en cuyo caso no se podría decir que existiera realmente una persona jurídica. Significa, sin más, una responsabilidad subsidiaria en relación con las obligaciones de la Mutua. El artículo 8º del Reglamento de 1976 precisa al efecto que "la responsabilidad mancomunada de los empresarios asociados se -- extenderá a todas las obligaciones que legal o contractualmente alcancen a la Mutua cuando ésta no las cumpliera a su debido tiempo, sin que los Estatutos de la entidad puedan establecer ninguna limitación a este respecto. Dicha responsabilidad no terminará hasta la liquidación de las obligaciones sociales correspondientes al periodo durante el cual el empresario haya permanecido asociado a la Mutua o que sean consecuencia de operaciones realizadas dentro de aquel periodo".

5) La situación legal y reglamentaria de las Mutuas. Como se

verá más adelante, las Mutuas están sujetas a las obligaciones impuestas por la Ley, pero también a cuantas sean establecidas reglamentariamente por la Administración, en la gestión de las contingencias que legalmente les corresponde..

No se puede decir, por lo tanto, que su constitución - estando vigente un Reglamento determinado implique una adquisición de derechos derivados de aquél, pues sus derechos son los variables que en cada momento establezca la Administración.

Sin embargo, hay que entender que aquella no goza de - poderes arbitrarios, de modo que el principio de igualdad impide que las variaciones se introduzcan con carácter singular para una Mutua o Grupo de Mutuas, y el de legalidad, que contradiga lo establecido en el Reglamento General, establecido por Decreto del Consejo de Ministros.

6) Prohibición de lucro. En este punto el nº 3 del artículo - 202 es terminante al señalar que las Mutuas "no podrán dar lugar a la percepción de beneficios económicos de ninguna clase a favor de los asociados". A diferencia del Texto Articulado - anterior en el que se matizaba que "en ningún caso se considerarán como beneficios los extornos que procedan, de acuerdo con lo previsto en el artículo 207", en el cual se regula el destino que haya de darse a los excedentes anuales que las Mutuas - obtengan de su gestión. Tal precepto ha sido alterado igualmente por el Texto Refundido, ya que la Ley de 1966 permitía extornar a los asociados una parte de los excedentes, por ella - misma prefijada.

El Texto Refundido ha pretendido, pues, deslegalizar - esta materia (para lo cual, obviamente, la Administración no - estaba legitimada, y por lo tanto debe entenderse nula la deslegalización operada) de modo que los posibles extornos a los

asociados queden a merced de lo que reglamentariamente se disponga.

Digamos que el Real Decreto de 21 de Mayo de 1976 ha -
mantenido los extornos, si bién reduciéndolos en su cuantía en
un 50%, porcentaje éste que, conforme al artículo 32 del cita-
do Real Decreto debe ser destinado a prestaciones de asisten-
cia social.

Así pués, por una parte se dispone que "la colabora-
ción de las Mutuas Patronales en la gestión de la Seguridad So-
cial no podrá servir de fundamento a operaciones de lucro mer-
cantil" y que "no podrán dar lugar a la percepción de benefi-
cios económicos de ninguna clase a favor de los empresarios --
asociados", mientras que por otra se admite la posibilidad de
extornar a tales empresarios una parte de las cuotas entrega-
das. Más adelante trataremos de investigar la realidad del cum-
plimiento de la prohibición del lucro. Baste por ahora señalar
lo que no puede entenderse sino como una contradicción entre -
preceptos del mismo rango legal.

III.- NATURALEZA JURIDICA.

Nos limitamos aquí a indagar sobre la naturaleza, pública o privada, de las Mutuas Patronales, dejando para un momento posterior el tema de la calificación de aquellas como asociaciones (de acuerdo con los preceptos legales) o como sociedades (si los datos estructurales así lo aconsejan).

En realidad el problema no es sencillo, pues de las distintas clasificaciones doctrinales, la que trata de distinguir a las personas como públicas o privadas implica las dificultades propias de la vieja polémica entre el Derecho Público y el Privado, de modo que se ha podido decir que "en el seno de la personalidad jurídica se desenvuelve en plena tensión todo el contraste entre el Derecho público y el Derecho privado, actuando sobre el hecho social que exige nuevas formas y que aspira a imponerse con su propia autonomía" (1).

Las dificultades aumentan si se tiene en cuenta que -- los criterios clasificatorios se producen desde campos distintos, el Derecho Privado y el Público, y que varían, por tanto, en función de la parcela cultivada y de su óptica.

En un primer momento hay que considerar como dominante a las teorías privatistas (2) pero con posterioridad el predominio se ha inclinado en las formulaciones de los publicistas, ante el desconcierto de los primeros por el surgimiento de nuevos hechos, como la intervención del Estado en la esfera priva

(1) DE COSSIO, Hacia un nuevo concepto de la Persona Jurídica, en A.D.C. Madrid, 1954, pág. 623.

(2) Así RUGGIERO juzga preferible "la teoría que deduce la cualidad pública del ente, del ejercicio de un derecho de imperio que hace adquirir a la institución el carácter de órgano del Estado o la que la deduce de la naturaleza pública del fin". Para ENNECERUS son "personas jurídicas de Derecho privado las asociaciones y fundaciones cuyo nacimiento

da, y la intervención de los particulares en las funciones pú-

../..

y constitución se basan en estatuto privado o en negocio fundacional de Derecho privado. Son personas jurídicas de Derecho público las constituídas inmediatamente por la Ley o por acto administrativo para ser sujetos de funciones públicas... su constitución está regulada en el interés público por prescripción de derecho, o bien las que son reconocidas posteriormente mediante la ley o acto administrativo de la autoridad competente por ocuparse del cumplimiento de fines públicos" (en Derecho Civil. Parte General. -- Vol. I. Barcelona 1934 págs. 442 y ss.). Y FERRARA encuentra el criterio de distinción entre unas y otras en el carácter público o privado de la función a que han sido llamadas a realizar. Para PLANIOL y RIPERT en cambio, son personas morales de Derecho público... las que representan bajo diversas formas la autoridad pública en las funciones que ésta cumple... Y personas morales de Derecho privado -- las que dependen de la iniciativa de los particulares. --- (Tratado práctico de Derecho Civil francés, Tomo I, pág. 68). Y el mismo criterio del fin público o privado puede hallarse en PUGLIATTI. El criterio del encuadramiento tiene cierta raigambre entre los autores españoles, si bien combinado con los demás criterios apuntados. Así, BONET para quien son públicas "las que se hallan incorporadas al organismo total del Estado", pero añadiéndose que "las personas públicas son todas de interés público", al hacer la exégesis del Art. 35 del Código civil español. Lo delicado del tema se halla expresamente recogido en MAZEAUD para -- quién "la ingerencia del Estado en esferas reservadas hasta entonces a la actividad privada.... hace muy delicada -- a veces la cuestión de saber si una persona moral depende del Derecho público o del Derecho privado", llegando a sostener la posibilidad de una "doble personalidad" a la vez de Derecho público y de Derecho privado. Y AUBRY et RAU rechaza entrar en la búsqueda de un criterio pensando, quizás con razón, que esa tarea pertenece al Derecho administrativo. Pero entre los tratadistas de esta disciplina se renuncia con frecuencia a la misma tarea, para hacer la exégesis de personas públicas dentro de cada ordenamiento, sin más, lo que no quiere decir que no se hayan apuntado por ellos valiosos criterios doctrinales.

blicas (1).

En casi todos los Tratados de Derecho Administrativo - actual, se dedica algún capítulo al tema de la distinción entre las personas públicas y privadas y aparecen con alguna - frecuencia estudios monográficos dedicados al tema (2). Precisamente juzgamos de gran interés desde el punto de vista jurídico, para explicar el fenómeno de la intervención de las personas privadas en funciones público-administrativas, una obra reciente de TOMAS RAMON FERNANDEZ RODRIGUEZ (3) que, a nuestro juicio, supera los planteamientos excesivamente sociológicos de NEGRIN. Su tesis parte de la negación de la vieja ecuación

-
- (1) En efecto, las personas privadas creadas por el Estado y controladas por él, invalidan, por lo pronto, el criterio del origen, entendido formalmente. Y otro tanto ocurre con las privadas creadas por los particulares pero que participen en funciones públicas, donde se ponen en cuestión - los criterios de la función o fin, las prerrogativas de - poder público, la financiación, el tipo de controles.. El intento de J.P. NEGRIN de distinguir entre personas privadas auténticas y ficticias (en L'intervention des personnes morales de Droit privé dans l'action administrative, cit.) puede constituir una explicación desde el punto de vista sociológico, pero no desde el jurídico. Ella es posiblemente la razón de que un civilista como AUBRY et RAU haya confesado que el criterio de distinción corresponde al Derecho Administrativo y no al Derecho Privado, supuesto que tal criterio debe buscarse en lo organizativo, a fin de caracterizar estructuralmente a las personas públicas, para determinar luego a las privadas negativamente: las que no sean públicas.
 - (2) Vid. el de EPAMINONDAS P. SPILIOTOPOULOS, La distinction des institutions publiques et des institutions privées en Droit français, Paris, 1959, y la bibliografía allí citada.
 - (3) Derecho Administrativo, Sindicatos y Autoadministración I.E.A.L., Madrid, 1972.

del Derecho Administrativo órganos-fines-medios (1) y admite que las personas privadas que realicen funciones públicas no dejan por ello de ser entidades privadas, de acuerdo con lo cual propone una revisión de la calificación de toda una serie de entidades -hasta hoy consideradas mayoritariamente públicas- como Comunidades de Regantes, Juntas de Compensación de Ley del Suelo y hasta de las Cámaras de Comercio y los Colegios Profesionales, que hasta ahora eran las muestras más representativas del grupo de Corporaciones públicas a que se refiere el artículo 35 del Código Civil.

Está finalmente, el criterio del encuadramiento en la organización estatal que propone GARRIDO FALLA (2) rechazando los criterios del fin, de las prerrogativas, del "imperium", de la creación o ingerencia estatal en su funcionamiento y el de la forma. Estamos de acuerdo con este criterio, pero mantenemos nuestras reservas en cuanto al "segundo criterio" que necesariamente exige la concreción de aquél, es decir ¿cuando hay encuadramiento en la organización estatal?. La respuesta de GARRIDO es que debe examinarse la naturaleza de las relaciones o vínculos que ligan al ente en cuestión con la Administración Pública de que se trata. Si éstos son de naturaleza jerárquica o de los que la doctrina conoce con el nombre de tutela, estamos en presencia de un ente encuadrado en la organización estatal, de una persona jurídica pública.

(1) "No ha habido nunca -dice- un mecanismo automático que garantice la asunción formal por la Administración de nuevas responsabilidades sobre actividades socialmente sentidas como necesidades colectivas; a falta de este mecanismo automático no es posible identificar acción administrativa y satisfacción de necesidades colectivas" (ob. cit. pag. 25)

(2) Tratado, vol. I, cit. pags. 320 y ss.

Ahora bien, el propio GARRIDO no niega absolutamente - su valor a los restantes criterios doctrinales, lo que niega es que tengan valor tomados aisladamente. Nos creemos, pués, autorizados a entender que lo propugnado por él es tomar como criterio principal el del encuadramiento en la organización - estatal, y como criterios secundarios o relativos, auxiliares, los restantes, pero tomados en su conjunto. Lo cual ¿no significa que el criterio principal puede fallar en algún caso?.

Este preámbulo doctrinal no carece de justificación. - Aparte de la calificación legal de las Mutuas como asociaciones (lo que parece propiciar su calificación como entidades - privadas) existen, precisamente, elementos que pueden ser contradictorios con tal calificación: en primer lugar, tales entidades realizan una función pública, participan en la gestión de contingencias de la Seguridad Social, que constituye un -- servicio público. En segundo lugar, se encuentran sometidas - por imperativo legal, a la "dirección, vigilancia y tutela" - del Ministerio de Trabajo (hoy Sanidad y Seguridad Social). - En tercer lugar, se financian con cargo a las cotizaciones de los sujetos obligados como las entidades gestoras, cuya naturaleza pública fundacional hemos afirmado más arriba, y a --- ellas se les adscribe, por lo tanto, un patrimonio, que no es propio, sino que está adscrito al fin de la Seguridad Social (1)

-- -- -- -- --
(1) El artículo 4º del vigente Reglamento de 1976 dice que:
"los ingresos que las Mutuas obtengan como consecuencia de las primas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales aportadas a las mismas por los empresarios a ellas asociados, así como los bienes muebles o inmuebles en que puedan invertirse dichos ingresos, forman parte - del patrimonio de la Seguridad Social y están afectos al cumplimiento de los fines de ésta".

Y, sin embargo, existen elementos que propician una ca-lificación de las entidades como privadas. Así, evidentemente, por lo que se refiere a su creación u origen, que no es estatal, sino por acuerdo de particulares (independientemente de la posterior intervención aprobatoria de la Administración), por su actividad que, a diferencia de las entidades gestoras públicas, no se encuentra totalmente reglada, y en ocasiones se rige por reglas de Derecho privado (contratos), por su capacidad autonómica en el ámbito de actuación que no se encuen-tre reglamentado (la Mutua puede dotarse de sus propios Esta-tutos...) y, fundamentalmente, por la regulación de la respon-sabilidad, tema que nos parece clave, pues mientras que de las obligaciones de los entes públicos gestores responden éstos - en primera instancia, y subsidiariamente el Estado que los -- crea (en cuanto instrumentales del mismo), de las obligacio-- nes de la Mutua responden, subsidiariamente, los propios aso-- ciados.

Este punto nos parece decisivo para configurar a las - Mutuas como personas jurídico-privadas, frente a las razones que pudieran propiciar la calificación publicista, puesto que: a) la participación en funciones públicas no es decisiva, con-forme a la doctrina predominante, para calificar al ente como público (GARRIDO, NEGRIN, FERNANDEZ RODRIGUEZ....); b) la fi- nanciación del ente, privada o pública, es un elemento adven- ticio y normalmente derivado del primero, esto es, si la fun- ción es pública puede existir financiación con fondos públi-- cos, pero sin que ello altere el status de la persona; c) tam-poco significa nada decisivo, por lo tanto, que disfruten de un patrimonio ajeno, público, concebido como medio de finan-- ciar la actividad; d) el único problema es el de la sujeción de las Mutuas a la vigilancia y tutela del Ministerio, pero - hay que entender que no se trata de un requisito esencial, si no de un indicio, todo lo importante que se quiera, pero nada

más. En efecto, GARRIDO FALLA ha demostrado que entre el Estado y los entes públicos descentralizados existe una relación, distinta de la jerárquica, que califica como relación de tutela. Ahora bien, una cosa es que a la vista de un ente público descentralizado haya que presumir siempre una relación de tutela con la Administración y otra que siempre que exista una relación de tutela entre aquella y un ente haya que calificarlo como ente público.

Tal tesis puede ser cierta, pero solo a condición de - que se admita que la descentralización administrativa se produce siempre a favor de entes públicos, y solo de entes públicos. Sin embargo, si se admite la posibilidad, aunque sea subsidiaria, de que la descentralización puede realizarse a favor de entes privados, entonces la presunción puede ser destruida por la apreciación del conjunto de los restantes índices de - calificación (1).

No quiere decir ello que neguemos el criterio de GARRIDO de calificación de los entes públicos en función de su encuadramiento en la organización estatal. Lo que queremos significar es que la existencia de una relación de tutela no constituye el único índice de tal encuadramiento y que, en determinadas circunstancias, debe ceder ante otros índices que demuestran la no incorporación a la organización estatal. Uno -

- - - - -

(1) Recuerdese, al efecto, que T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ califica a los Colegios Profesionales (una manifestación de las Corporaciones públicas) como entes privados asociativos, a pesar de que las relaciones entre ellos y la Administración son calificadas como de tutela por la generalidad de la doctrina española.

de esos índices, entendemos nosotros, es, precisamente, el de la responsabilidad del ente (1).

(1) Tal criterio puede ser aplicable no solo a las Mutuas si no a las entidades colaboradoras o ejecutoras de funciones públicas en general. Así, el Estado no es responsable de la actividad de las Comunidades de Regantes, o de las sociedades creadas por el mismo, para intervenir en la economía.

IV.- EL OBJETO DE LA ACTIVIDAD DE LAS MUTUAS.

En este epígrafe pretendemos fijar dos cuestiones: la delimitación de la actividad de las Mutuas Patronales al campo estricto de la gestión de los accidentes de trabajo y la enfermedad profesional, y la significación jurídica de su actividad, la que pretendemos resaltar de un lado respecto de la idéntica, realizada por las Mutualidades Laborales, y de otro, respecto de las posibles interpretaciones que sugieren los mecanismos de aseguramiento de las contingencias aludidas tradicionales en la materia.

1.- Antes hemos señalado como uno de los caracteres esenciales de las Mutuas el principio de especialidad, conforme al cual deben limitar su acción a la gestión de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En realidad, esta es una fórmula sincopada para explicar que su acción se limita a la gestión de las contingencias que deriven de aquellos hechos causantes: incapacidad laboral transitoria, invalidez provisional o permanente (en sus grados de parcial, total, absoluta y gran invalidez) y muerte y supervivencia.

Tal hecho se encuentra consagrado legalmente y no plantea ninguna discusión (1). O mejor, no la suscitaba hasta hace poco pues el art.18 de la Ley 24/1972, de 21 de Junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social (precepto incorporado después

(1) Salvo un aspecto secundario y de orden formal, derivado de las competencias que, en materia de enfermedad profesional ha seguido ejercitando el denominado Fondo Compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, que todavía hoy subsiste con el carácter de Servicio Común.

en el nº 4 del art. 208 del Texto Refundido de 30 de Mayo de 1974), planteó el problema, al autorizar a las agrupaciones de empresas para asumir la asistencia sanitaria por enfermedad común o accidente no laboral, y la incapacidad laboral transitoria por los mismos conceptos, de si las Mutuas Patronales quedaban autorizadas para extender el ámbito de sus competencias desde las contingencias derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, a estos supuestos derivados de la enfermedad común o accidente no laboral.

Sin embargo, parece procedente mantener la tesis contraria de que no se ha querido extender el ámbito de colaboración de las Mutuas Patronales a la asistencia sanitaria e incapacidad laboral transitoria por enfermedad común y accidente no laboral, ya que de haberlo querido así, es seguro que la Ley no hubiera hablado de agrupaciones de empresas, sino expresamente de Mutuas Patronales, y además, porque el precepto exige que tales agrupaciones se constituyan "a este único efecto", lo que no es posible respecto de las Mutuas Patronales, que ya tienen una finalidad concreta, atribuída por la Ley, y previa a cualquier otra que con posterioridad se le pueda atribuir.

En conclusión, las competencias de colaboración de las Mutuas Patronales, deben ser reducidas únicamente, a las contingencias derivadas de accidentes de trabajo o de enfermedades profesionales, criterio éste que resulta avalado, además, al no haberse recogido en el nuevo Reglamento, posterior al Texto Refundido, la posibilidad de que las Mutuas colaboren en la gestión de la asistencia sanitaria derivada de enfermedad común y accidente no laboral.

Ahora bien, una cosa es que las Mutuas no puedan extender

der su campo de actuación a la gestión de otras contingencias o de las derivadas de hechos causantes diversos, y otra es -- que no puedan ser obligadas a contribuir para financiar, incluso fuera del campo estricto de su competencia, prestaciones -- como los servicios sociales, asistencia social, etc., pués -- ello no significa una participación en la gestión, sino que -- deriva de otra consideración completamente distinta, el carácter de Patrimonio de la Seguridad Social atribuible a los fondos que manejan las Mutuas.

2.- Las competencias de las Mutuas Patronales inciden sobre el mismo campo en que, simultáneamente, son competentes las -- Mutualidades Laborales. Es más, de la lectura del art. 47 de la L.G.S.S., pudiera obtenerse la impresión de que el ente titular de la gestión es siempre una Mutualidad Laboral (1) y -- no la Mutua Patronal, y que, por lo tanto, la participación -- de éstas en la gestión es puramente subordinada o subalterna respecto de aquella, o se ejerce por su delegación o bajo su control.

Ahora bien, tal hipótesis no pasa de tal, y se desvanece sin más que comprobar que ninguna norma legal atribuye a -- las Mutualidades Laborales o al Servicio del Mutualismo Labo-- ral, competencias sobre las Mutuas Patronales, a las que no -- puede vigilar ni controlar, ni tampoco existe norma que determine una distribución de competencias entre Mutualidades y Mutuas, de modo que a éstas corresponden funciones secundarias respecto de aquellas. Por el contrario, sus competencias son

(1) El art. 47 dice literalmente que "la gestión en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a las Mutualidades Laborales en el Régimen General y en aquellos Regímenes Especiales en que sean Entidades -- Gestoras, y en los demás Regímenes Especiales, a las Enti-- dades similares de estructura mutualista o, en su caso, a la Entidad Gestora única del Régimen Especial", mientras el nº 2 del citado artículo se limita a señalar que "las Mu-- tuas Patronales colaborarán en la gestión a que se refiere este artículo..."

idénticas, y se encuentran en pie de igualdad frente a los --
asegurados y beneficiarios, como también frente a la Adminis-
tración. La calificación legal de colaboración en la gestión
no tiene, pues, ninguna trascendencia real, y su posición pue-
de ser calificada, por lo tanto, como equiparable absolutamen-
te a la de los restantes entes gestores titulares de competen-
cias en materia de Seguridad Social; es más, se trata de una
posición que goza de mayor fortaleza frente a la Administra-
ción, ya que ésta puede disminuir o alterar el ámbito de com-
petencia de los entes públicos, pero no puede hacer otro tan-
to con las Mutuas.

Sin embargo, las Mutualidades Laborales gozan de una --
ventaja residual frente a las Mutuas, establecida en la Ley --
General de la Seguridad Social, ya que determinados empresa-
rios no pueden concertar la protección de accidentes de traba-
jo y enfermedades profesionales del personal a su servicio --
con una Mutua Patronal, debiendo hacerlo obligatoriamente en
una Mutualidad Laboral. Estos empresarios son, según el cita-
do artículo 204:

a) El Estado, las Diputaciones, Ayuntamientos, Manco-
munidades, Cabildos Insulares y cualquier otro organismo autó-
nomo o no de la Administración Pública; así como las empresas
nacionales y municipales.

b) Las entidades o empresarios concesionarios o contra-
tistas de obras o servicios públicos y los subcontratistas y
destajistas de tales obras o concesiones, así como las entida-
des, autónomas o no, que tengan a su cargo servicios de la --
misma índole..

c) Las empresas calificadas de interés nacional o pre-
ferente, o que hubiesen obtenido alguna otra calificación de

las que se deriven beneficios fiscales o privilegios de cualquier clase, cuando el Gobierno por Decreto, y a propuesta -- del Ministerio de Trabajo, disponga que se les aplique el régimen previsto en este número.

Más adelante tendremos ocasión de subrayar el alcance de este precepto, verdadero "muelle de seguridad" de las Mutualidades en el campo estricto de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

3.- El hecho de que el ámbito de gestión de las Mutuas Patronales reservado por el legislador en 1963 se centre en el accidente de trabajo y la enfermedad profesional, no constituye ninguna casualidad, sino que tiene su explicación en una larga historia precedente que había hecho de la responsabilidad empresarial su principio fundamental (1) y en consecuencia, -

(1) La literatura sobre el tema de la responsabilidad empresarial es amplísima y no cabe dentro de una simple cita. Preferimos recordar su papel en relación con la evolución de la cobertura de tales riesgos, tal y como dice DIONISIO - BIKKAL en Las siete etapas de la evolución del seguro de accidentes de trabajo (en R.T. nº 4, 1963), donde distingue 1ª etapa, caracterizada por el principio de responsabilidad civil, conforme al cual el accidentado debía demostrar en el pleito que el accidente era consecuencia de falta, negligencia o mala fé del patrono. Al final de la etapa se introduce el principio de responsabilidad por riesgo profesional, considerando al trabajador como un elemento más de la empresa; 2ª etapa, en la que nace la idea del seguro o aseguramiento de la responsabilidad empresarial, en sus fórmulas de seguro voluntario o facultativo, 3ª etapa en la que se introduce el seguro obligatorio, aunque dejando normalmente su administración en manos de las compañías de seguro privadas, o en competencia con instituciones paraestatales, 4ª etapa en la que se integra la protección contra el accidente de trabajo como un seguro social más, 5ª etapa en que se libera el seguro de accidentes del espíritu comercial del seguro privado, eliminando el sistema de clasificación de las empresas en función de su -- grado de riesgo, 6ª etapa en que se fija una tasa global que cubre los gastos de todas las ramas de los Seguros Sociales; y 7ª en la que desaparece la rama del seguro de Accidentes de Trabajo como consecuencia de un nuevo concepto de Seguridad Social.

había erigido un régimen protector de las contingencias derivadas del mismo, ajeno en parte a los seguros sociales. La Ley de Accidentes de Trabajo y su Reglamento, vigentes hasta la entrada en vigor de la Ley Articulada de 21 de Abril de 1966, mantenían en realidad el mecanismo de la responsabilidad empresarial asegurable, de modo que la técnica del seguro privado, con algunas correcciones menores, era predominante: obligación del empresario de asegurar "su" responsabilidad por los accidentes de los trabajadores a su servicio ; contrato de seguro, mediante el cual tenía lugar la transferencia de esa responsabilidad a la entidad aseguradora que, aparte de la Caja Nacional de Accidentes de Trabajo podía ser una compañía mercantil o una Mutua.

hechos

Tales pueden constituir una tentación de pensar que, puesto que estamos ante las mismas Mutuas precedentes a la Ley articulada, el esquema de la protección del accidente de trabajo sigue siendo virtualmente el mismo: responsabilidad del empresario, en primer término, y obligación de asegurar esa responsabilidad en un ente público o privado autorizado para ello.

Contra ella ha levantado VIDA SORIA sólidos argumentos que no podemos hacer otra cosa que reproducir (1). La tesis de VIDA es que, a pesar del régimen privilegiado de protección de las contingencias derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, se encuentra integrado dentro del sistema de la Seguridad Social, sin que pueda hoy hablarse de un régimen especialísimo distinto al aparato protector de las

(1) En Régimen jurídico de la protección contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: estudio critico en R.T. nº 31. Madrid, 1970.

restantes contingencias. Y para demostrarlo, parte de los siguientes alegatos: 1º). Que el régimen protector anterior, -- contenido en la Ley de Accidentes de Trabajo y su Reglamento, se encuentran derogados íntegramente por la Ley Articulada de la Seguridad Social (1); 2º). Que el sujeto protegido se ha -- alterado radicalmente, pasando de serlo el empresario, a serlo el trabajador, como resulta de diversos preceptos de la -- Ley Articulada (hoy del Texto Refundido): artículos 1º, 2º y 20º, fundamentalmente; 3º). Que la opción del empresario a fa-- vor de la cobertura de los accidentes de trabajo en una Mutua Patronal no supone la pervivencia del contrato de seguro pri-- vado, de modo que el empresario "se asocia" a la Mutua, pero tal hecho no supone una alteración de la relación jurídica -- fundamental, que sigue siendo la de Seguridad Social, lo que explica la subsistencia de las restantes obligaciones del em-- presario: afiliación, inscripción de empresa, altas y bajas -- de los trabajadores...; 4º). Que la cotización --a pesar de -- las diferencias terminológicas (utilización de la palabra -- "prima" en lugar de cuota) y cuantitativas (cálculo sobre sa-- larios reales distinto de las restantes contingencias y varia-- ble en función de la siniestralidad) y del sujeto responsable que solo lo es el empresario-- tiene la misma significación -- que el resto de las cotizaciones a la Seguridad Social, pues-- to que su régimen jurídico es idéntico en lo substancial: la obligación de cotizar nace con la iniciación de la actividad, con independencia de que haya existido o no inscripción, afi--

-- -- -- -- --
(1) "La posible vigencia de alguno de los preceptos --añade-- de aquellas normas, no es sino provisional, y en todo ca-- so operada por virtud de una llamada expresa que el nuevo orden hace respecto de esas normas, las cuales se integran en él, se ordenan según sus principios, valen en tanto no se opongan a los mismos, y reciben formalmente la validez jurídica de la norma remitente" (ob. cit. pág. 10)

liación o alta previas; se mantiene durante los periodos de incapacidad laboral transitoria y desempleo; no desaparece -- con la baja o la separación del empresario de una Mutua, sino con la baja del trabajador en el trabajo, debidamente comunicada. En definitiva, concluye VIDA que "si aceptamos, con la doctrina más calificada ... la calificación de la misma como obligación legal de carácter tributario, dicha calificación habrá de aceptarse aquí también, en lo referido al régimen de accidentes, debiéndose desechar por otra razón más (y esta -- vez substancial) la figura del contrato de seguro de accidentes según el molde clásico a que hicimos referencia" (1); y - 5º). La existencia de supuestos de responsabilidad empresarial no constituye ni se basa en la teoría de la responsabilidad - objetiva del anterior régimen del accidente de trabajo, sino en el mecanismo sancionador por incumplimiento de determinadas obligaciones derivadas de la relación jurídica de Seguridad - Social.

Las anteriores precisiones del autor son sumamente valiosas, y no reducen su virtualidad a una brillante construcción jurídica. Por el contrario, son el punto de apoyo más sólido para comprender críticamente la posición de las Mutuas - Patronales dentro del sistema de Seguridad Social. Pues si se aceptara el punto de vista contrario -esto es, el mantenimiento del esquema de responsabilidad empresarial- transferencia de responsabilidad por virtud del mecanismo de un seguro obligatorio, como con frecuencia lo ha entendido cierta Jurisprudencia y alguna doctrina, cualquier actuación de las Mutuas - dentro de ese marco sería perfectamente legítima. La configuración teórica que integra el objeto de la actividad de aquellas en el seno del sistema de la Seguridad Social, está pro-

- - - - -

(1) ob. cit. pág. 20.

piciando, por el contrario, la aplicación de los principios y técnicas de éste a la actividad gestora de aquellas, lo que supone un cúmulo de exigencias adicionales que derivan de la normativa del propio sistema, en el que las Mutuas deben incardinarse. Desde el punto de vista metodológico, constituyen, - por lo demás el apoyo básico de nuestra construcción, puesto que ella presupone, ciertamente, la integración de las Mutuas en el ámbito de los entes gestores de la Seguridad Social, y no en el marginal de aseguradoras, más o menos cualificadas, de un seguro obligatorio de régimen especial, como lo eran en el régimen anterior a la Ley de Bases y su Texto Articulado.

V.- RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y LAS MUTUAS PATRONALES.

Bajo este apígrafe no pretendemos agotar, naturalmente, todos los aspectos de la cuestión, pero sí ofrecer algunos de los más salientes, que podrían recordarse, a efectos de su -- sistematización, alrededor de los siguientes temas: 1) la posición de las Mutuas frente a la Administración en relación -- con su misma existencia, esto es, se trata de saber si las Mutuas, debidamente constituidas, tienen o no un derecho a participar en la gestión, o si lo reciben discrecionalmente de -- la Administración; 2) La posición genérica de la Mutua frente a la Administración, los beneficiarios y con respecto a su organización, lo que implica la determinación de su situación -- con referencia a la posición legal y reglamentaria de los servicios públicos, y conforme al principio de mutabilidad aplicable a los mismos; 3) el control del Estado sobre las Mutuas Patronales.

1.- El primero de los temas se reconduce, en definitiva, a -- saber si los empresarios asociados tienen derecho o no a obtener el reconocimiento de la personalidad jurídica como Mutua Patronal de la Administración, y producido éste, a participar en la gestión de la Seguridad Social que la Ley les asigna. O dicho de otra forma, si la intervención de la Administración es o no constitutiva de ese derecho o mero presupuesto formal para su ejercicio. El tema se reconduce, en definitiva, a examinar los requisitos legales de constitución y funcionamiento, que vienen establecidos en la L.G.S.S. y en el Reglamento de 21 de Mayo de 1976. Por lo que se refiere a la Ley, en su artículo 203, establece que "para constituirse y desarrollar la colaboración en la gestión a que se refiere el artículo anterior, las Mutuas habrán de reunir los siguientes requisitos" enumerándolos a continuación (determinado ámbito territorial, concurrencia de un mínimo de empresarios que empleen a un mí-

nimo de trabajadores, límite derivado de la especialidad de su gestión, y fianza). Ahora bien, es evidente que tal precepto contiene únicamente la condición necesaria, pero no suficiente, para que se produzca la posibilidad de la Mutua de intervenir en la gestión. Para ello es precisa la intervención de la Administración del Estado, la que lo hace a través del Ministerio de Trabajo (hoy de Sanidad y Seguridad Social), intervención que se encuentra precisada por el artículo 206 de la propia L.G.S., conforme al cual "el Ministerio de Trabajo.. autorizará la constitución y actuación de las Mutuas Patronales de acuerdo con las normas de la presente Ley y de sus disposiciones de aplicación y desarrollo". Destacamos el imperativo autorizará, que no parece dejar margen discrecional a la Administración, mientras que en la citada Ley no encontramos ningún otro precepto en cuanto a requisitos de constitución y funcionamiento que el art. 203, de donde, puestos en relación uno con otro, entendemos que hay base suficiente para concluir que la Administración está obligada a autorizar la constitución de la Mutua, siempre que ésta cumpla con los requisitos establecidos en el art. 203 y los que reglamentariamente se determinen, de modo que su función se limita a constatar el cumplimiento de los indicados requisitos constitutivos y a expedir la correspondiente autorización. Esta hipótesis es, por lo demás, la que sanciona el propio Reglamento de las Mutuas (el citado Decreto de 21 de Mayo de 1976) en cuyo artículo 16 se lee que "el Ministerio de Trabajo, previa comprobación de que concurren en la solicitud formulada los requisitos necesarios para la constitución de una Mutua Patronal y que sus Estatutos no se oponen al ordenamiento jurídico, procederá a la aprobación de aquella y de éstos". El precepto no puede ser más explícito ni más claro, y supone, a nuestro juicio: 1) que los empresarios tienen derecho a asociarse para constituir una persona jurídica, con el fin de participar en la gestión de los accidentes de trabajo y enfermedades profe-

sionales; 2) Que la Administración se limita a comprobar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley para la constitución válida de la persona jurídica; 3) Que comprobada la existencia de tales requisitos está obligada a "autorizar" o "aprobar" la constitución válida de dicha persona.

Ciertamente que entre la constitución válida de la persona jurídica y la intervención en la gestión a ella reservada media todavía un requisito adicional, la inscripción en el Registro de Mutuas Patronales del Ministerio, y su notificación a la entidad. Pero en todo caso se trata de actividades puramente regladas, que la Administración está obligada a realizar, sin que puedan constituir argumento para impedir la actuación de la Mutua, sino solo para aplazarlo por el tiempo imprescindible (1).

Por ahora no entramos en una discusión sobre la configuración jurídica de la intervención de la Administración (autorización, concesión....) aunque los términos reales de la legislación inclinan a la configuración de la misma como autorización; nos basta con señalar, a los efectos presentes, que las Mutuas Patronales (lo que quiere decir tanto como los empresarios asociados) que cumplan los requisitos establecidos tienen un auténtico derecho subjetivo a participar en el ámbito de la gestión a ellas reservado, derecho que emana de la ley y no de la intervención de la Administración, por lo que

- - - - -
(1) En realidad, la fórmula del registro constituye, en este caso, algo así como un pretexto para obtener la correspondiente exacción parafiscal por inscripción establecida -- por Decreto de 17 de Diciembre de 1964 (BOE. 16.I.1965)

su función se limita a comprobar que en la entidad de referencia concurren o no los requisitos establecidos por la ley, y se encuentra reglada en todo caso, frente a una posible interpretación de su intervención como autorización discrecional.

2.- La segunda cuestión, por el contrario, permite una conclusión completamente diferente: las Mutuas Patronales no están sujetas a un estatuto jurídico permanente y, por lo tanto, no ostentan el derecho a la estabilidad de una situación jurídica concreta, aunque haya emanado de una reglamentación aprobada por la propia Administración. Su situación frente a ésta, desde ese punto de vista, constituye un auténtico precario, de acuerdo con el principio de mutabilidad de los servicios públicos.

Tal principio tiene dos manifestaciones fundamentales: De una parte, las Mutuas están obligadas a otorgar las prestaciones en la cuantía y condiciones que en cada momento fijen la ley o los reglamentos del Gobierno o del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, y aún cuando las variaciones respecto de las mismas se realicen de tal modo que impliquen cantidades superiores para los beneficiarios que las recaudadas de los sujetos obligados a cotizar. El principio no tiene una consagración expresa, pero sí indirecta, a través del artículo 8º del Reglamento de Mutuas, que extiende la responsabilidad mancomunada de los empresarios (subsidiaria, por lo demás) a las obligaciones "ex lege" y no solo a las adquiridas contractualmente. Por la misma razón, las Mutuas quedan afectadas por cuantas variaciones introduzcan la ley o los reglamentos en los principios básicos del sistema, se refieran o no a las prestaciones, en cuanto constituyen manifestaciones de la adaptabilidad del Servicio a las cambiantes exigencias del interés público. De otro lado, las Mutuas es-

tán sujetas a las variaciones que en su propio status jurídico-organizativo puedan introducir la Ley y el Reglamento.

Y fundamentalmente el reglamento. En efecto, la Ley de Bases de 1963 dispuso en su Base Decimoseptima, nº 73, que - la gestión de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales encomendada a las Mutualidades Laborales "será compatible con la atribuída a las Mutuas Patronales, en las condiciones que reglamentariamente se determinen". El precepto no - se remitía, pués, al Texto Articulado, -dada su naturaleza y - rango de ley formal, y no de texto reglamentario- sino a los reglamentos o normas de desarrollo del citado Texto Articulado, y en tal sentido es evidente que introducía una deslegalización del tema de la colaboración de las Mutuas Patronales - en la Seguridad Social, dejando en manos de la Administración indefinidamente, la regulación de tales entidades (a diferencia de lo que sucede con los Textos Articulados o Refundidos, en los que la aprobación de la disposición agota las facultades de la Administración, que actúa en delegación del legislativo, y no en su propia área de ejercicio de su potestad reglamentaria).

Sin embargo, es lo cierto que la Ley Articulada primero (y hoy el Texto Refundido) incluyeron preceptos sobre las Mutuas Patronales. La cuestión es ¿han sido legalizados tales preceptos?, ¿o subsisten, por el contrario, las facultades -- ilimitadas de la Administración para regular cualquiera de -- los temas aunque contradiga lo dispuesto en una norma con rango de ley formal?. Si se parte de que la Ley de Bases agota - sus efectos una vez aprobado el Texto Articulado, la respuesta es negativa, puesto que al cobrar vigencia el Texto Articulado sus normas implicarían una relegalización en los aspectos por él regulados. Por el contrario, si se piensa que el precepto de la Ley de Bases no necesitaba de un texto de desarro

llo ulterior, podrá mantenerse que el agotamiento de los preceptos de la Ley de Bases solo puede predicarse respecto de los que necesiten de un desarrollo ulterior, no así de los -- que sean directamente aplicables (1), de modo que tal deslegalización continuaría vigente, siendo inaplicable la "relegalización" de la colaboración introducida por la Administración "contra lege". Esta hipótesis nos parece, sin embargo, rebatible, puesto que hay que admitir que la posible ilegalidad de la "relegalización" solo es controlable, virtualmente, mediante el Dictámen previo del Consejo de Estado y difícilmente en tran en el tema los Tribunales (2), y de otra parte, la supuesta ilegalidad habría sido cometida por la propia Administración mostrando, además, su intención de someterse a un marco jurídico mínimo.

En consecuencia, parece aceptable la tesis de que la Administración no puede derogar los preceptos contenidos en la L.G.S.S. acerca de la colaboración en la gestión de las Mutuas Patronales mediante disposición reglamentaria. Por lo tanto, - interesa señalar cual es el status legal -inamovible por la - Administración- y que puede sintetizarse así: 1) Delimitación de la actividad de las Mutuas por su objeto y por las operaciones en relación con la actividad (arts. 202 y 204); 2) Requisitos de constitución y funcionamiento (arts. 203 y 206); 3) Competencias de control del Ministerio de Trabajo (hoy Sanidad) - (art.205); 4) Caracteres y privilegios (art. 202, nos. 3 y 5); 5) Patrimonio (art. 202.4) y 6) Excedentes (art. 207). En todo lo demás, la Administración es competente para regular la intervención de las Mutuas.

(1) No se trata de una simple especulación. La lectura de la Ley de Bases de Régimen Local de 1975 autoriza a pensar que tales leyes contienen preceptos que son típicos de leyes ordinarias y que, por tanto, rigen con independencia de que se incluyan o no en un Texto Articulado.

(2) vid. GARRIDO FALLA, F., Tratado, vol. I, cit. pag. 269.

El problema se desplaza entonces a saber el órgano de la Administración competente para llevar a cabo la reglamentación. La respuesta no se encuentra de manera directa en la -- Ley de Bases ni en el vigente Texto Refundido, pues en una y otra disposición se limita a remitirse el legislador a lo que se determine reglamentariamente. Entendemos, ante la ausencia de precepto legal que determine otra cosa, que el órgano competente en la materia es el Ministerio de Trabajo (hoy, Sanidad y Seguridad Social) por las siguientes razones: En primer lugar, por la determinación expresa que contiene el artículo 199 de la L.G.S.S., conforme al cual el Ministerio de Trabajo tienen una competencia general para fijar las condiciones de colaboración en la gestión a que se refiere el precepto, y entre cuyos supuestos se incluye en el apdo. c) a las Mutuas Patronales; en segundo lugar, por analogía con las facultades que corresponden al Ministerio sobre las entidades gestoras (arts. 38 y ss.) pues no resulta lógico que para regular la colaboración de los privados sea preciso un órgano de mayor rango que para regular la gestión de los entes públicos, en los que reside el peso mayor en la marcha adecuada del servicio; y por último, por las autorizaciones que para reglamentar materias concretas se contienen en determinados preceptos de la propia Ley (p. ej., el art. 207, para la determinación de la adscripción reglamentaria de los excedentes de las entidades, otorga expresamente la potestad al Ministerio de Trabajo (hoy Sanidad y Seguridad Social) y no al Gobierno).

Hay que precisar, sin embargo, que como en tantas otras materias, el Ministerio de Trabajo no hizo uso de sus facultades de reglamentación, proponiendo la aprobación al Gobierno de un Decreto como Reglamento General de colaboración de las Mutuas Patronales, aprobado en 1967 y sustituido por un nuevo Reglamento, también aprobado con rango de Decreto en 1976.

En consecuencia, los aspectos regulados en el citado Decreto no pueden ser reglamentados por el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, y solo pueden serlo en cuanto complementen su regulación, o en cuanto se refiera a las lagunas subsistentes a nivel legal o reglamentario.

3.- El tema del control del Estado sobre las Mutuas Patronales es, obviamente, un tema esencial para nuestro estudio, -pués el papel de aquel no se reduce a la mera reglamentación del servicio, sino que supuesta la responsabilidad última del mismo (1), y en razón de su titularidad, se ocupa de controlarlo, lo que implica el control de los entes, públicos o privados, que intervienen en la gestión del servicio. No nos preocupamos, sino en un segundo momento, de la configuración jurídica de las facultades de control, por lo que de inmediato pasamos a su simple enumeración sistematizada, lo que ha de permitirnos realizar después aquella configuración.

Hay que empezar por precisar que en la L.G.S.S. se atribuyen al Ministerio de Trabajo (ahora de Sanidad y Seguridad Social) facultades de "dirección, vigilancia y tutela" que se refieren ya a las entidades gestoras y servicios comunes, de naturaleza pública (art. 4º, L.G.S.S.) ya a las entidades colaboradoras entre las que se encuentran las Mutuas Patronales. (art. 205).

- - - - -

(1) Este punto es esencial, puesto que aunque el juego expreso de las normas es el de la responsabilidad de las Mutuas, y la subsidiaria de los asociados a ellas, es obvio que en el supuesto de que tales responsabilidades fueran insuficientes para la cobertura de los derechos a las prestaciones de los beneficiarios, el Estado tendría que intervenir en tal cobertura, de acuerdo con las declaraciones constitucionales y legales en que asume la garantía de la Seguridad Social.

Esta primera precisión es importante porque significa que, cualquiera que sea el contenido real de los controles establecidos por la propia Administración reglamentadora, la Ley está autorizando para que aquella imponga un régimen de tutela que, en principio, no tiene por qué diferir del aplicable a las personas públicas, dada la utilización idéntica que se hace de los términos en los artículos 4º y 205.

La propia L.G.S.S. establece algunas facultades concretas como: la remoción de los órganos de gobierno, la intervención temporal de los mismos (art. 205, L.G.S.S., recogido después en el art. 12 del Reglamento General de Faltas y Sanciones); la aprobación de los Estatutos de las Mutuas y su posible modificación (art. 206) y algunas de las autorizaciones precisas por aquellas para llevar a cabo determinadas actividades (tales como concertar, con Entidades Gestoras de la Seguridad Social, u otras entidades, públicas o privadas, la prestación de asistencia sanitaria, la rehabilitación, etc. o para extender excepcionalmente su ámbito territorial, supuesto en que la autorización es constitutiva del derecho y de carácter discrecional: "el Ministerio de Trabajo podrá autorizar la constitución de Mutuas de ámbito territorial superior" dice el artículo 203 de L.G.S.S.).

Las facultades de control de la Administración, efectivamente establecidas por ella misma (y a reserva siempre de las que puedan establecer en el futuro dada la amplitud de la autorización legislativa) acompañan a la Mutua a lo largo de su existencia, por lo que sistematizamos las mismas alrededor de los grupos siguientes:

- a) Control sobre el origen o constitución inicial.
- b) Control sobre el funcionamiento y actividad de las entidades.

c) Control en la extinción y disolución.

3.1.- El control sobre las Mutuas en su constitución inicial se efectúa a través de las técnicas de autorización de la constitución y aprobación, simultánea, de los Estatutos, e ins---cripción en el Registro.

El régimen legal de la L.G.S.S. no contenía la exi--gencia de aprobación simultánea de los Estatutos, pero ésta - ha sido incorporada en el Reglamento de Mutuas, de modo que - la Administración está obligada a comprobar, antes de autori--zar la constitución de una Mutua para que colabore en la ges--tión, que aquella cumple los requisitos legales establecidos para ello pero, además, que sus Estatutos se adaptan y no contravienen la legalidad. Aparte de esta consideración global - en la que los Estatutos constituyen un presupuesto de hecho - de la autorización, es obvio que su aprobación constituye un acto separable y previo a la autorización misma, desde el punto de vista lógico, aunque se produzcan al exterior con carácter simultáneo.

Ya hemos señalado con anterioridad que las facultades de la Administración en la constitución de las Mutuas se limitan a constatar el cumplimiento de los requisitos legal y re--glamentariamente establecidos: es reglada y no discrecional. No entramos ahora en la calificación de la naturaleza jurídi--ca de esta intervención de la Administración.

3.2.- Las manifestaciones del control sobre las Mutuas en - lo que se refiere a su actividad cotidiana son muy diversas. Citaremos las siguientes:

- La suspensión de los acuerdos de las Juntas Generales, Ordinarias o Extraordinarias.

- Autorización previa de la publicidad de las Mutuas
- Autorización de concierto con las Entidades Gestoras y Servicios Comunes.
- Autorización de conciertos con el fin específico de prestación de asistencia sanitaria, y rehabilitación.
- Calificación previa de suficiencia de los centros sanitarios propios o concertados de las Mutuas.
- Autorización de la extensión excepcional de su ámbito territorial.
- Autorización discrecional para la disposición excepcional de la fianza.
- Autorización discrecional para la inversión de sus reservas en inmuebles.
- Confirmación de los miembros de la Junta Directiva de la entidad.
- Autorización discrecional de fusión o absorción de dos o más Mutuas.

3.3.- También interviene el Ministerio en la extinción de las Mutuas, que no produce efecto, aunque haya sido acordada por el órgano de gobierno competente, sino tras su aprobación (1).

Aunque nada se dice sobre el carácter discrecional o reglado, parece evidente que el Ministerio debe limitarse a comprobar que el acuerdo de liquidación se ha realizado por el órgano competente, y la certidumbre, en su caso, de las causas alegadas.

(1) El artículo 39 del R.M.P. es explícito. Dice "Para que la disolución de la Entidad surta efecto y se produzca su ce se en la colaboración, será necesario que la misma sea -- aprobada por el Ministerio de Trabajo".

Inmediatamente de aprobada la liquidación, la entidad queda sujeta a un régimen de intervención particularmente intenso, procediendo el Ministerio al nombramiento de liquidadores (art. 39, R.M.P.), al nombramiento de interventores, -- inspectores de trabajo, para la liquidación.

Debe añadirse que la Administración controladora dispone, además, del Cuerpo de Inspectores Técnicos de Trabajo, como instrumento y órgano de control, ya que, conforme a lo dispuesto en el Decreto 2122/1971, de 23 de Julio, es competencia de la Inspección la intervención, inspección, vigilancia e información técnica de las Mutuas, en cuanto se refiera al cumplimiento de las disposiciones legales sobre esta clase de colaboración.

Hasta aquí, los datos de hecho que consideramos más relevantes desde el punto de vista de las facultades controladoras de la Administración. Nos interesa ahora la calificación jurídica de tales facultades, para lo que tenemos que preguntarnos si es válida la configuración de la propia Ley (art. - 205, L.G.S.S.: "dirección, vigilancia y tutela") para acoger las diversas manifestaciones de las facultades controladoras de la Administración.

Una de las definiciones más clásicas de la tutela se debe a MASPETIOL y LAROCQUE (1) para los cuales es el "conjunto de poderes limitados, concedidos por la ley a una autoridad superior sobre los agentes descentralizados y sobre sus actos, con un fin de protección general". Sobre esta vieja - definición la doctrina ha tratado de individuar dos especies: la tutela propiamente dicha y la vigilancia administrativa. -

- - - - -

(1) en La Tutelle Administrative, Paris, 1930.

Se debe a DEMBOUR tal distinción (1) y a ENTRENA CUESTA su introducción y remodelación en nuestro país (2). Para este último autor la tutela es definida, en términos semejantes a la vieja definición de MASPETIOL, como "el conjunto de facultades de control otorgadas, con carácter limitado, por el Derecho positivo, a un ente público sobre los entes descentralizados que de él dependen, para velar por la legalidad de los actos de tales entes y su adecuación a aquel sector del interés público de la competencia del ente tutelante" (3).

Los dos fines^{que} genéricamente pueden perseguirse con la tutela administrativa (la legalidad de los actos y su adecuación al sector del interés público encomendado al sujeto tutelante) dan lugar a dos tipos de control diverso: de legalidad (aprobación y suspensión) y de oportunidad (autorización...).

La "vigilancia" administrativa, en cambio, vendría a diferenciarse de la tutela por el fin perseguido, que no sería ya la adecuación de los actos al sector del interés público del ente tutelante, cuanto la protección de los propios intereses del sujeto tutelado (4).

De acuerdo con tales definiciones no habría ninguna dificultad en admitir que algunas de las facultades de control reglamentariamente asignadas a la Administración sobre las Mutuas pueden perfectamente ser encuadradas dentro de lo que

- - - - -

(1) en Les actes de la tutelle administrative en Droit belge, Bruselas, 1955.

(2) en Curso de Derecho Administrativo, págs. 146 a 160.

(3) Ob. cit. pág. 151.

(4) Ob. cit. pág. 159.

la doctrina llama comunmente tutela, aunque no se puedan encontrar ejemplos, de entre tales facultades, encuadrables en la figura de la vigilancia administrativa salvo quizás la confirmación de los nombramientos de los integrantes de la Junta Directiva de la Mutua.

Por lo demás, un exámen del contenido de las facultades de tutela de la Administración sobre las Mutuas revela -- las distintas facetas de la misma: la mayoría de las facultades implican un control de legalidad de los actos, pero también existen supuestos en que se valora, simplemente la oportunidad (autorizaciones discrecionales para extender el ámbito territorial para disposición de la fianza, para inversión de fondos de reserva...). No solo consiste en intervenciones normales (autorización o aprobación) sino que abarca la suspensión de los actos, y de la ejecución por sustitución (remoción de los órganos de gobierno)...

Ciertamente, una confrontación de las facultades de control asignadas a la Administración sobre las Mutuas con -- las asignadas y ejercidas sobre las entidades gestoras públicas (Instituto Nacional de Previsión, Mutualidades Laborales, etc.) debe llegar a la franca conclusión de que la tutela es mucho más intensa respecto de estos entes públicos que de los entes privados que estamos considerando, al no incluirse entre las técnicas de tutela sobre éstos últimos, p. ej. las uniones personales, las designaciones de vocales de los órganos colegiados de gobierno, o la de vocales natos que permiten la presencia de la Administración en el gobierno del ente descentralizado. ¿Significa ello que solo es posible hablar de tutela propiamente dicha en este último caso y no en el anterior? - Nuestra opinión es la de que la existencia de la relación de tutela no es una cuestión de intensidad, sino que se constata "cualitativamente" mediante la inclusión de técnicas de con--

trol a favor de la Administración, que reúnan las características predeterminadas a las que antes hemos aludido. De hecho, las facultades de tutela de la Administración sobre los entes públicos descentralizados no son uniformes ni en cuanto a su contenido ni en cuanto a su intensidad, siendo precisamente, una de las notas esenciales definitorias de aquella la de su limitación. Este hecho quizás no requiera mayores demostraciones, pero si se exigen constataciones de Derecho Positivo ahí está un libro reciente de BAENA DEL ALCAZAR (1) para demostrarlo. En efecto, en el estudio sobre el tema de la tutela, --- BAENA constata que los poderes son diferentes según se ejerzan sobre las Corporaciones públicas o sobre los entes fundacionales, para lo cual analiza fundamentalmente las facultades de la Administración sobre un importante sector de aquellas (los Colegios Profesionales) y los compara con las facultades controladoras sobre los organismos autónomos. El análisis es interesante, además, porque revela la variabilidad de fórmulas de control no solo entre entes, sino referidas al mismo ente en su dimensión temporal, para lo cual se analizan en la citada obra la evolución de los controles operada sobre los Colegios profesionales por virtud de la Ley de 13 de Febrero de 1974, que supone, a juicio del autor, "un notable retroceso - en lo que se refiere al aspecto cuantitativo de los medios a emplear para tal fin. En cambio, desde un punto de vista cuantitativo los medios jurídicos del control han supuesto un --- avance por su eficacia y precisión sobre todo en materia de - suspensión de actos" (2).

Podría incluso ser útil una comparación entre el con

(1) Administración Central y Administración Institucional en el Derecho español. I.E.A., Madrid, 1976

(2) ob. cit. pág. 97.

tenido de las facultades de tutela de la Administración sobre los Colegios Profesionales y la que ostente sobre las Mutuas Patronales, porque, a nuestro juicio, son equiparables en --- cuanto a las técnicas empleadas. Si se tiene en cuenta que la Ley de 1974 ha hecho desaparecer la potestad disciplinaria sobre los Colegios profesionales libres, la revisión de los actos en vía administrativa, y la intervención en el nombramiento de los cargos de sus órganos de gobierno, quedan a la Administración escasos poderes de control, y fundamentalmente referidos a la tutela de legalidad: aprobación de los Estatutos o Reglamentos, aprobación (pero no nombramiento) de los nombramientos de los cargos de las Juntas de Gobierno de los Colegios y suspensión de la ejecución de los actos de los mismos.

Todas esas técnicas de control las posee la Adminis-
tración en relación con las Mutuas Patronales. Con una diferen-
cia: posee además otras, de modo que la intervención de la --
Administración es más intensa (abarca el control de oportuni-
dad) y extensa (cubre todo la actividad de la Mutua desde su
creación hasta su extinción).

No sorprende, por lo tanto, que las diferencias en -
el control existentes entre las Corporaciones y los entes fun-
dacionales radiquen precisamente en el que se ejerce sobre --
los órganos de gobierno: las uniones personales, la identifi-
cación de órganos, el nombramiento de vocales de los órganos
colegiados rectores, son un fenómeno frecuente y típico (aun-
que no definitorio) del control sobre los organismos autóno--
mos. Pero tales técnicas de control faltan, o suelen faltar,
en las Corporaciones.

Claro está que todavía es posible la objeción de que
respecto de los entes privados no cabe verdadera tutela, por-

que ésta presupone un ente tutelado de naturaleza pública. Pero esta objeción presupone un "parti pris" que nosotros no admitimos, y que radica precisamente en la concepción previa de la descentralización, circunscrita a los entes públicos, y tratando de explicar las relaciones entre éstos y el ente matriz (1).

Supuesto que la tutela se define en función de unos fines y de unas técnicas de control determinadas, de nada serviría, por lo demás, el nominalismo que pretendiera reservar su uso cuando tales controles se ejercitaran sobre entes públicos, asignándole el de policía cuando se ejerciera sobre los privados. A lo sumo se estaría encubriendo el hecho substancial de que el Estado puede llegar a ejercitar las mismas técnicas de control sobre los privados que sobre los entes públicos, al menos cuando aquellos persigan una función pública o de interés público, sin que paralelamente, se advierta la utilidad del uso separado de términos que se refieren a controles idénticos por su contenido y por su función.

- (1) De hecho, a la doctrina no le ha pasado desapercibida la circunstancia de que los controles de la Administración pueden ser equiparables cuando se ejercitan sobre ciertos privados cualificados. Es interesante, p. ej. la explicación de GARRIDO según el cual "estos poderes no deben confundirse con la jerarquía ni con la tutela, en el sentido en que aquí empleamos esta expresión. Más bien han de considerarse como una forma especial del ejercicio de los poderes de policía" (en Administración indirecta del Estado y Descentralización funcional, Madrid, 1950, pág. 178), - aunque en otro lugar se ve forzado a reconocer que "los poderes de intervención estatales sobre los establecimientos privados de beneficencia son casi tan rigurosos como los que constituyen la natural tutela que sirve de nexo entre la Administración Central del Estado y los establecimientos públicos como miembros de la Administración indirecta -- (cit. pág. 130).

Hay que resaltar, por lo demás, que las Mutuas no es tán sujetas solamente al régimen ordinario de tutela que se ha descrito, sino igualmente a la potestad disciplinaria de la Administración. En realidad, se trata a nuestro juicio de un error sufrido por la propia Administración al tratar de po tenciar sus facultades de control con medidas coercitivas que pueden ser efectivas respecto de los privados que gestionen intereses propios y fondos propios, pero de dudosos efectos -- cuando no sea así.

En el supuesto de las Mutuas Patronales ocurre que, a nuestro juicio, el establecimiento por la Administración de un código de faltas y sanciones es ilegal, puesto que el artículo 193 L.G.S.S., únicamente prevé tal régimen sancionatorio respecto de las acciones u omisiones de "los empresarios y -- trabajadores comprendidos en este Régimen General", pero no -- respecto de las Mutuas Patronales a las que obviamente no se refiere el precepto sino es en su condición de empresario fren te a sus propios trabajadores. Ni vale tampoco el que la Admi nistración pretenda que, supuesto que la Mutua es una asociación de empresarios, pueden transferirse a ella las potesta-- des disciplinarias ejercitables sobre cada empresario en concreto, pues éstas subsisten para cada uno de ellos, con independencia de que se encuentre o no asociado a una Mutua.

La inclusión en el R.G.F. y S. (Decreto 12 Septiembre 1970) de las Mutuas Patronales pudiera, pués, reputarse nula.

En cuanto a la ineffectividad del régimen sancionatorio baste con apuntar que las sanciones previstas son, fundamentalmente, pecuniarias. Si se piensa que tales sanciones -- son pagadas por la Mutua con fondos que constituyen parte del patrimonio de la Seguridad Social se comprenderá no solo lo -- ineffectivo sino lo absurdo del supuesto régimen sancionatorio.

VI.- AMBITO AUTONOMICO.

Ciertamente que la autonomía no es un concepto exclusivo de los entes privados, que más que tales hay que entender que son independientes de la Administración. Es, por lo tanto, en sus diversas acepciones (1) un concepto más aplicable a los entes públicos que a los privados, de modo que nuestra legislación no duda en emplear el término de "entidades estatales autónomas" y nuestra doctrina el de "organismos autónomos".

No obstante, nos permitimos utilizar el término autonomía en relación con entidades a las que hemos previamente calificado como públicas, en función del hecho de que la configuración jurídica de las mismas revela unos poderes estatales realmente fuera de lo común, tanto en el plano de la reglamentación de su actividad como del control (de legalidad y oportunidad) de ésta.

Si existe, pues, un ámbito de actividad reglada, heteronómicamente prefijado por el Estado, es lícito hablar, en contraposición, de un ámbito de actividad dejado a la determinación de la actividad, como de ámbito autonómico de las mismas.

Ahora bien, debe distinguirse a nuestro juicio entre el ámbito autonómico preestablecido, que en definitiva coincide con el conjunto de materias que la Administración permite

- - - - -

(1) vid. sobre el tema, GARCIA DE ENTERRIA -F. RODRIGUEZ, --Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Cívitas. Madrid, 1974. págs. 214 y ss.

que sean objeto de fijación estatutaria, y el ámbito autonómico resultante de la efectiva libertad de las entidades en ámbitos que no han sido reglamentados por la Administración. Las diferencias entre uno y otro ámbito pueden parecer inapreciables, pero no obstante nos encontramos en terrenos distintos: en el primer caso existe una falta de reglamentación de la Administración pero tal falta se cubre con la asunción de una reglamentación interna, aprobada por el ente, pero que se le impone con la misma virtualidad que las normas heteronómicas. En el segundo caso, por el contrario, se está en el terreno de la libertad, y las Mutuas pueden actuar como simples particulares, sin otras limitaciones que las impuestas por las leyes con carácter general.

Hecha esta distinción, a continuación se exponen, separadamente el ámbito estatutario de una parte, y el ámbito no estatutario, a reserva de que no constituya, en sentido estricto, un auténtico ámbito autonómico.

VI.1.- Por lo que se refiere al primero, el art. 18 del Reglamento de Mutuas Patronales contiene las materias de obligada consignación estatutaria, entre las que se encuentran algunas irrazonablemente incluídas puesto que su régimen jurídico se encuentra reglamentado por la Administración o bien se trata de imponer una autolimitación a las Mutuas por vía heteronómica. Ejemplos de esta clase son: la consignación de limitar -- sus operaciones a las que tengan por fin la colaboración en -- la Seguridad Social (derivada del principio de especialidad establecidos en la L.G.S.S. y en el propio R.M.P. y por lo -- tanto innecesaria); la declaración expresa de la responsabilidad mancomunada de los asociados (igualmente fijada por el -- R.M.P.)

Por lo demas, las menciones obligatorias más importantes de los Estatutos son las siguientes:

a/ Las condiciones exigidas para la asociación de los empresarios y los requisitos que deban cumplimentarse para la extinción de la misma.

b/ Los derechos y deberes de los asociados y el modo de hacerlos efectivos. Rige aquí el principio de igualdad del servicio público, de modo que en los Estatutos se hará -- expresa declaración de que todos los asociados gozan de los mismos derechos y deberes.

c/ Normas de gobierno y funcionamiento interior de la entidad, detallando el número de miembros que han de componer sus Juntas Directivas, las atribuciones de aquellos y de éstas, las incompatibilidades de dichos miembros, forma de -- nombramiento y sustitución por cese definitivo o temporal en el cargo, las facultades reservadas a las Juntas Generales; -- los requisitos que han de observarse en la convocatoria de las Juntas Directivas y Generales, según revistan carácter ordinario o extraordinario, y las condiciones exigidas para la validez de los acuerdos que por las mismas se adopten.

d/ Responsabilidad de los asociados que desempeñen funciones directivas y normas para hacer efectiva dicha responsabilidad.

e/ Normas que hayan de seguirse para la prestación de la asistencia social.

f/ Normas relativas a la modificación de los Estatutos con expresión del órgano competente para solicitarla y mayoría exigida para la adopción del acuerdo.

g/ Causas de disolución, normas para practicar la liquidación y destino a fines específicos de la Seguridad So---cial, que haya de darse a los excedentes que pudieran resul--tar una vez terminado el proceso liquidatorio.

h/ El régimen económico administrativo, expresando los bienes que integran inicialmente su activo, así como: las aportaciones ordinarias y extraordinarias de los socios; la -derrama de cargas y posible destino de los excedentes a la --constitución de reservas voluntarias; las normas sobre constiticución de las reservas voluntarias y fines a que se destinan; las normas de administración de la entidad; la prohibición de que los asociados que desempeñen cargos directivos perciban -por su gestión retribución alguna, salvo que presten servi---cios permanentes de carácter técnico o profesional; las normas de contabilidad.

La larga lista de menciones obligatorias de los Estatatutos puede dar la impresión de que la autonomía estatutaria es muy amplia. Sin embargo, un exámen más detenido de los temas dejados a la regulación estatutaria de las Mutuas revela, para la mayoría de ellos, su carácter secundario o subalterno. Aparte de aquellas que no son más que mero recordatorio de --normas jurídicas heteronómicas, a las que nos hemos referido al comienzo, el carácter secundario de las reglas se revela sin más que comparar los aspectos dejados a la regulación au--tonómica con los reglamentados por la Administración en cada tema concreto. Ocurre así en cuanto a los órganos de gobierno en cuya materia el R.M.P lo ha reglamentado casi todo, dejan--do a los Estatutos cuestiones de detalle; en cuanto a las causas de disolución y, sobre todo, las normas de liquidación de la entidad, que actualmente se encuentran reglamentadas...

Sin embargo, algunos temas dejados a la autonomía de las Mutuas constituyen una contradicción respecto a los principios de protección social que inspiran a la Seguridad Social, o se prestan a un manejo dudoso de los fondos que administran. Así, el hecho de que los Estatutos puedan determinar las condiciones exigidas para la asociación de los empresarios o para la extinción, puede constituir el camino mediante el cual la Mutua practique una adecuada selección de riesgos; -- las aparentes normas sin importancia sobre designación de los miembros de los órganos de gobierno legalmente prefigurados, pueden ser decisivas para asegurar el gobierno de la Mutua -- por una minoría de los asociados con fines específicos de ganancia; la fijación por las Mutuas, por cada Mutua en concreto, de las reglas de prestación de la asistencia social, dado el carácter discrecional de su concesión, puede convertir lo discrecional en arbitrario, y en un medio de manipular una -- parte de los fondos para fines diversos de los perseguidos -- por la Seguridad Social; la fijación libre por cada Mutua de normas específicas de contabilidad se presta, por lo demás, -- al establecimiento simultáneo de múltiples sistemas contables, de modo que el control financiero verificado y racionalizado de las entidades se hace poco menos que imposible.

VI.2.- El ámbito no estatutario de actuación libre de las Mutuas es, si cabe, más significativo todavía, siendo sus manifestaciones más importantes:

a/ La concertación libre de los derechos y obligaciones del asociado a la Mutua, a través del denominado "convenio de asociación". Las limitaciones introducidas en el R.M.P. se refieren a la prórroga tácita por periodos anuales del convenio de asociación, cuando no haya denuncia en contrario, y a su constancia en un documento de asociación, que expresará

necesariamente la actividad de la empresa, los trabajos que se efectúen en la misma y el lugar en que deban llevarse a cabo (fórmula sofisticada del anterior Reglamento que más claramente exigía como menciones la del riesgo protegido, las circunstancias que determinen su peligrosidad y el epígrafe o epígrafes de la tarifa de primas que sean de aplicación). Debe tenerse en cuenta que el convenio puede incluir las condiciones particulares que las partes tengan por conveniente, siempre que no se opongan a lo dispuesto en la L.G.S.S o en el R. M. P.

b/ En materia de contratación de obras, servicios y suministros, las Entidades Gestoras se encuentran sometidas a un régimen especial, próximo al de los contratos administrativos (supletoriamente les es aplicable el régimen de la Ley de Contratos del Estado). Por el contrario, las Mutuas no están sujetas a ninguna reglamentación especial, de modo que rige para ellas el principio de libertad contractual propio de los entes y personas privados.

c/ Las Mutuas tienen facultades soberanas para la organización de los centros sanitarios y de rehabilitación propios, lo que se deduce del hecho de no estar expresamente sometidas al Reglamento de régimen, gobierno y servicios de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social.

VII.- EL PATRIMONIO : SU REGIMEN JURIDICO.

El art. 48 del Texto Articulado I de la Ley de Seguridad Social de 1966 incluyó ya un precepto de suma importancia para la configuración jurídica del patrimonio de la Seguridad Social, y que, a pesar de su originalidad, no ha sido examinado por la doctrina como debiera. Decía aquél precepto que "los bienes, derechos, acciones y recursos de cualquier género adscritos a la Seguridad Social constituyen un Patrimonio afecto a sus fines, distinto al del Estado". El Texto Refundido de 1974 ha prácticamente conservado dicho precepto, aunque introduciendo correcciones que son más de orden gramatical y literario que de fondo (1).

Por su parte, el art. 49 del Texto Articulado asigna a cada Entidad Gestora de la Seguridad Social los medios económicos precisos para realizar la gestión encomendada, pero dejando claro que tales entidades no eran propietarias de aquellos, para lo cual se enumeraban taxativamente sus facultades sobre los bienes, y se declaraba la potestad de la Administración para disponer, en cualquier momento, la transferencia o cambio de adscripción de los bienes de una entidad a otra (2).

- - - - -
- (1) En efecto, dice el art. 48 del citado Texto Refundido que, "las cuotas, bienes, derechos, acciones y recursos de cualquier otro género de la Seguridad Social constituyen un patrimonio único afecto a sus fines, distinto del patrimonio del Estado". La corrección fundamental introducida en el nuevo texto radica en la adición del término "cuotas", adición que entendemos desafortunada puesto que, indudablemente, y sin necesidad de mayor especificación, constituyen una de las especies del género "recursos" suficientemente mencionado como integrante del Patrimonio de la Seguridad Social.
- (2) Art. 49.2 "El Gobierno, a propuesta del Ministro de Trabajo y previo informe de los correspondientes órganos de gobierno, podrá disponer la transferencia de bienes y derechos entre las Entidades Gestoras, cuando se varíe la competencia de las mismas, sin perjuicio de los derechos que se hayan reconocido a los beneficiarios en materia de pensiones y subsidios".

Se configuraba así un Patrimonio especial caracterizado por: a/ Constituir un patrimonio distinto al del Estado, - según la propia declaración legal, no obstante lo cual puede nutrirse de aportaciones de aquél, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, o predipuestas por el mismo. El alcance del precepto es sumamente dudoso, puesto que, como se sabe no todos los bienes propiedad del Estado constituyen el Patrimonio del Estado, estando excluidos lo que "se hallen -- afectos al uso general o a los servicios públicos" (1). En este sentido, podría interpretarse el precepto como declaratorio del carácter demanial, no puramente patrimonial, de los bienes que se adscriben a los fines de la Seguridad Social, - concebida como servicio público, o bien como constitutivo de un Patrimonio distinto de carácter público (2); b/ Si se acepta la tesis de que estamos ante un patrimonio del que no es titular el Estado, habría que configurarlo como un patrimonio sin sujeto titular. Esta solución nos parece de dudoso sentido. Ciertamente que no pueden ser considerados como titulares dominicales del patrimonio los entes gestores, que gozan de facultades de administración de estos, y que pueden verse privados de los bienes mismos. Sin embargo, la Administración del Estado retiene las facultades dominicales típicas: el poder para transferir los bienes de un ente a otro, y el poder de autorizar su enajenación, amén de reglamentar la inversión de aquellos. Parece claro, pues, que el Patrimonio de la Seguridad Social es un patrimonio del Estado, aunque no esté sujeto al régimen jurídico del patrimonio a que se refiere la -

(1) Art. 1º Ley del Patrimonio del Estado (T.A., Decreto --- 1022/1964, de 15 de abril)

(2) Bajo el título de una obra reciente de SALVATORE BUSCELLA Patrimonio Pubblico, Milan, Dot. A. Giuffré, 1976, trata de individuar, precisamente, esta noción como comprensiva no solo del patrimonio del Estado, sino de otros entes financiados con ingresos de naturaleza pública.

la L.P.E. de 1964, pero eso no es óbice para dejar de considerar su titularidad común, pues tampoco se encuentran sujetos a la misma reglamentación los bienes demaniales.

De acuerdo con tales premisas nada impide que, en -- buena lógica, los bienes o recursos de ese Patrimonio, adscritos a las Mutuas Patronales, se consideren como tales, y no -- como patrimonio propio y adquirido por cada Mutua, supuesto que, si se consideran los bienes de ésta como consecuencia -- de sus ingresos, y éstos son de naturaleza pública, hay que admitir que integran aquel Patrimonio único y afecto a sus -- fines de la Seguridad Social. Pero este principio lógico no tenía una consagración legal, no obstante, en el T.A. de 1966 a pesar de que la doctrina habrá precisado, después de la -- Ley de Bases de 1963, que las primas de accidente de trabajo y enfermedad profesional tenían la misma naturaleza que las restantes cuotas de la Seguridad Social, de modo que la conservación de su nombre no significaba que fueran cosa distinta de aquellas, debiendo considerarse en uno y otro caso como auténticos tributos (1).

Fué la Ley 24/72, de 21 de Junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora la que dió pie a -- una declaración expresa en cuanto al carácter de los bienes de las Mutuas Patronales incluídos dentro del Patrimonio de la Seguridad Social. En su art. 17 recogió, en efecto, la -- formulación doctrinal de VIDA, declarando que las primas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales tienen a -- todos los efectos la condición de cuotas de la Seguridad Social. Los autores del Texto Refundido sacaron las consecuen-

-- -- -- -- --
(1) J. VIDA SORIA, en Régimen Jurídico de la protección contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales..
cit. pág. 20

cias de aquella declaración que son de una lógica inmediata: supuesto que las cuotas constituyen parte de los recursos de la Seguridad Social, y éstos forman parte de su patrimonio, y las primas son cuotas, los bienes de las Mutuas Patronales constituyen parte del Patrimonio de la Seguridad Social. El nº 4 del art. 202 del Texto Refundido establece al efecto -- que "conforme a lo establecido en el nº 4 del art, 17 y en -- el art. 48, los ingresos que las Mutuas Patronales obtengan como consecuencia de las primas de accidente de trabajo aportadas a las mismas por los empresarios a ellas asociados, así como los bienes muebles o inmuebles en que puedan invertirse dichos ingresos, forman parte del patrimonio de la Seguridad Social y están afectados al cumplimiento de los fines de ésta". El art. 4º del R.M.P. recoge el precepto indicado en -- términos substancialmente idénticos.

La conclusión de tales preceptos plantea dos problemas inmediatos: 1º El régimen jurídico-patrimonial aplicable a las Mutuas Patronales, y 2º en el supuesto de posible liquidación de las Mutuas, el carácter retroactivo o no, del -- precepto.

Por lo que se refiere al régimen jurídico-patrimonial al que se encuentran sujetas las Mutuas la situación es la siguiente: con anterioridad a la Ley 24/72, de 21 de Junio, no existía ninguna norma que se refiera al Patrimonio de las Mutuas, excepto en lo que se refiere a la liquidación, para cuyo supuesto el R.M.P. de 1967 dejaba a la autonomía estatutaria la fijación del destino de los bienes, lo mismo que en cuanto a los excedentes resultantes después de cubrir las reservas obligatorias. El Texto Refundido se limitó a extraer las consecuencias de la declaración del art. 17 de la Ley -- 24/72, declarando los bienes de las Mutuas como integrantes del patrimonio único de la Seguridad Social, y el R.M.P., ha

tenido en cuenta ésta transformación para determinar libremente el destino de los excedentes que pudieran resultar una -- vez terminado el proceso de liquidación, ya que el destino designado ha de ser en todo caso, específico de la Seguridad Social (art. 18) y ha disminuído la proporción de los excedentes anuales de gestión que pueden ser dedicados a extor-- nos (art. 32).

Sin embargo, no dice nada el Reglamento en cuanto a la aplicación de otros preceptos de la L.G.S.S. que constituyen el núcleo del régimen patrimonial de ésta, lo que puede ser entendido de dos maneras contrapuestas: o bien como un -- rechazo de su aplicación, en el sentido de que si la Ley distingue, debemos distinguir; o bien en el sentido de un silencio motivado por lo innecesario de la declaración de aplicación positiva de los artículos 48 y ss. de la L.G.S.S.

Sea como fuere, parece poco dudoso que si los preceptos sobre el régimen del Patrimonio de la Seguridad Social -- permanecieron acantonados durante algún tiempo en el ámbito de las entidades gestoras de naturaleza pública, ya no tiene sentido restringir su aplicabilidad a ese solo ámbito, puesto que se ha producido la caída de la barrera conceptual que pudiera impedirlo al considerar los bienes adscritos de las Mutuas como integrantes del Patrimonio único de la Seguridad Social, y adscrito a este fin. En consecuencia, las normas -- dirigidas a la defensa de ese patrimonio en su integridad y a la utilización debida del mismo en relación con el fin exclusivo de adscripción, no parece que deban ser limitadas a las solas entidades públicas. Se trata aquí, no tanto de someter a los entes privados a un régimen jurídico-público como de sujetar un patrimonio --que administran, pero del que no son titulares-- a ese régimen público, en razón del fin -- al que está adscrito.

La otra cuestión es la de aplicación en el tiempo de las normas contenidas en la L.G.S.S. y en el R.M.P. Como se comprenderá, se trata de un problema que ha de producirse, - sobre todo, en la hipótesis de disolución de la Mutua. El -- sistema de cotización mediante tarifas de primas ha permiti- do acumular grandes patrimonios a las Mutuas Patronales con anterioridad al T. R. La pregunta es ¿constituyen estos pa- trimonios parte integrante del Patrimonio de la Seguridad So- cial?. Lo que es tanto como preguntar cual sea el titular -- último de aquél, quien tenga capacidad de disposición sobre el mismo.

La respuesta depende de la interpretación que se dé al artículo 202.4 de la L.G.S.S. Si se entiende que es una - norma puramente interpretativa, declarativa de un hecho exis- tente, hay que admitir que sus efectos se retrotraen hacia - atrás, al menos al nacimiento, en 1967, del nuevo sistema de la Seguridad Social en tanto que la protección contra el acci- dente de trabajo se integra en aquel sistema y no es ya un - cometa errante en el mundo de los seguros sociales dotado de sus propios principios. Tal hecho exige, sin embargo, para - que la aplicabilidad pueda ser retroactiva no ya demostrar - que las llamadas "primas" son realmente cuotas, lo que es in- discutible, sino que las primas o cuotas -tanto monta- tie- nen naturaleza tributaria, no son el precio del contrato de seguro que anteriormente pudieron ser.

La cuestión nos parece suficientemente zanjada en es- te punto por la doctrina española de Seguridad Social, y fun- damentalmente por las apreciaciones, hasta la fecha indis-

tidas, de BORRAJO (1), sin que éste sea el lugar para profundizar en su investigación.

Después de lo dicho se comprenderá la dificultad de mantener la interpretación contraria, pues evidentemente el art. 17 de la Ley 24/72 al decir que las primas son cuotas de la Seguridad Social no estaba innovando sino declarando lo - que ya doctrinalmente se venía reconociendo con carácter unánime. Si de tal declaración se deduce la siguiente del T. R. de considerar aquellas y los bienes con ellas adquiridos como parte del patrimonio de la Seguridad Social, tampoco se - está innovando. Es más, la tesis conduciría, de mantenerse, a la negación, no ya del carácter retroactivo de la disposición, sino de la aplicabilidad futura de la norma misma, pues si no se otorga al 202.4 de la L.G.S.S. el valor de norma puramente declarativa, entonces es que está innovando sobre la situación jurídica anterior, alterándola, y la Administra---ción no estaba autorizada evidentemente para ello, con lo -- que la norma resultaría nula, y su aplicación impugnabile en cada caso concreto en que pudiera suscitarse su validez formal. Pero insistimos, no es esa nuestra interpretación.

(1) Vid. del autor Estudios Jurídicos de Previsión Social, cit. pags. 85 y ss. La conclusión a la que llega el autor, después de confrontar la doctrina y la legislación positiva, es la de que las cuotas constituyen una exacción parafiscal exceptuada del régimen común de tales exacciones, -- "lo que quiere decir que es un tributo que ni está sometido a la legislación general de los impuestos, ni está sometido a la legislación general de las tasas y exacciones parafiscales; luego, es un tributo con un régimen -- jurídico peculiar y especial" (ob. cit. pág. 101).

VIII.- REGIMEN ECONOMICO-FINANCIERO.

Si el régimen patrimonial diseñado por la Ley es un régimen jurídico-público aún cuando se trate de entes privados, por el contrario, el régimen económico-administrativo -- establecido en el R.M.P. constituye un régimen de garantías a favor de los beneficiarios de la Seguridad Social protegidos por las Mutuas que recuerda fuertemente la regulación de las entidades de seguros privados, incluyendo los siguientes instrumentos de garantía: fianzas, compensación de resultados, régimen de excedentes, reglamentación de gastos de administración.

1.- En realidad, son las fianzas las únicas que aparecen -- previstas en la L.G.S.S. (art. 203.d)) concebidas como garantía del cumplimiento de sus obligaciones, y dejando su determinación a los Reglamentos. El R.M.P. de 1967 estableció la obligación de las Mutuas de constituir una fianza inicial para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, a disposición del Ministerio de Trabajo, y en valores públicos o legalmente autorizados al efecto, en cifras que oscilaban entre uno y quince millones de pesetas, como mínimo y máximo, y que fueron detalladas por O. de 28 de diciembre de 1966, -- en función del ámbito de cada Mutua.

El R.M.P. de 1976 ha elevado el tope máximo de la -- fianza a treinta millones de pesetas, pero ha suprimido la -- regularización anual de las fianzas exigida por el anterior reglamento que exigía que en ningún caso fuera inferior al -- 25% de las cuotas percibidas por las Mutuas durante el año -- precedente.

2.- En materia de compensación de resultados las Mutuas se encuentran sujetas a lo dispuesto en el nº 3 del artículo 52

de la L.G.S.S. (fijación reglamentaria de sistemas específicos para accidentes de trabajo de un régimen de reaseguro o de cualquier otro sistema de compensación de resultados así como el sistema de capitalización de las pensiones causadas por invalidez permanente o muerte, con sujeción al cual las Mutuas Patronales deberán constituir los correspondientes capitales en el Servicio Común de la Seguridad Social que se determine) y 213, nº 4 de la misma Ley, que para el Régimen General determina los posibles reaseguros obligatorios, a determinar por el Ministerio de Trabajo (hoy Sanidad y Seguridad Social), entre un 10% y un 30% de los riesgos asumidos, excluida la incapacidad laboral transitoria, si bien se podría disponer la sustitución de dicho sistema de reaseguro por la aplicación de otro sistema de compensación de resultados de la gestión. Recientemente se ha elevado al tope máximo del 30% del reaseguro obligatorio.

3.- De acuerdo con el anterior art. 31 del R.M.P., las Mutuas deben constituir las siguientes reservas:

a/ Reserva para contingencias en tramitación, compreensiva del importe definitivo de las prestaciones reconocidas y pendientes solamente de pago a los beneficiarios, y el importe presunto de las prestaciones pendientes de reconocimiento.

b/ Reserva para pago de obligaciones inmediatas, cuya cuantía deberá alcanzar el 15% de las cuotas percibidas en el ejercicio por la Entidad, una vez deducido de ellas el importe de lo abonado por la entidad en concepto de reaseguro.

c/ Reserva de estabilización, para corregir las posibles desigualdades de resultados económicos entre los diferentes ejercicios, cuya cuantía máxima será equivalente al -

15% de la media anual de las cuotas recaudadas en el último trienio. La creación de la reserva de estabilización viene a suplir, en realidad, en el nuevo R.M.P., la regularización anual de la fianza que él mismo suprime.

Aparte de las reservas obligatorias, pueden constituir las reservas voluntarias previstas en los Estatutos.

4.- En la reglamentación anterior, el exceso de excedentes que anualmente obtengan las Mutuas Patronales, tras constituir las reservas obligatorias o voluntarias establecidas en sus estatutos, debe ser destinada, por una parte, en el 80%, a fines de prevención y rehabilitación. Y el 20% restante a la constitución de reservas voluntarias, a extornos o a cualquier otra de los otros fines previstos en los estatutos de cada entidad.

El mayor interés de los excedentes se ha centrado, justamente, en este 20%, ya que se consideraba que los extornos constituían, en contra de lo establecido en la propia Ley, unos beneficios económicos a favor de los asociados, no asegurados, en las Mutuas Patronales. En efecto, mientras que las Mutualidades Laborales destinaban este 20% de los excedentes a prestaciones de asistencia social, las Mutuas Patronales destinaban este 20% bien a extornos, bien a otras finalidades concretas dispuestas en sus propios estatutos.

Resultaba así que los trabajadores afiliados en Mutualidades Laborales gozaban de un plus de pensiones sobre los protegidos en una Mutua Patronal, todo ello a costa de un mayor sacrificio de los empresarios incluidos en las Mutualidades Laborales, que no se beneficiaban de los citados extornos.

El art. 207 de la L.G.S.S. modifica lo establecido - en el correlativo Texto Articulado de 21 de Abril de 1966, - el cual preveía que el 80% del exceso se adscribiría a los - fines generales de prevención y rehabilitación "pudiendo extornarse el resto a los asociados". Por el contrario, el nuevo art. 207 suprimió toda mención a la posibilidad de extorno de ese 20%, dejando a la regulación reglamentaria el destino que hubiera de darse a dicho excedente.

En consonancia con ello, el art. 32 del nuevo Reglamento de 1976, ha establecido un régimen más progresivo conforme al cual, de ese 20% se destinará un 10%, de acuerdo -- con lo establecido en el estatuto de cada Mutua, a la asistencia social en favor de los trabajadores al servicio de -- los empresarios asociados y de los derechohabientes de aquellos, y el otro 10% a la constitución de la reserva voluntaria, estatutariamente prevista, o a la misma finalidad de -- asistencia social antes referida.

Con esto se palia, en parte, uno de los riesgos más discriminatorios, para los trabajadores, de su aseguramiento en las Mutuas Patronales.

No obstante, durante diez largos años, los trabajadores han estado sujetos a una situación discriminatoria, dependiente, muchas veces, del solo capricho de su empresario.

IX.- ORGANOS DE GOBIERNO.

Los órganos de gobierno de las Mutuas Patronales no están previstos en la Ley General de la Seguridad Social. -- Constituyen, por tanto, materia sobre la que puede reglamentar el Ministerio de Trabajo, salvo el respeto a las normas que sobre la materia contiene el Reglamento de las Mutuas Patronales en su capítulo V, y que por tanto pueden ser modificadas por el Gobierno. Resultando que el Reglamento de Mutuas Patronales prevé como órganos de gobierno, obligatoriamente:

- La Junta General, órgano superior del gobierno de la entidad, integrada por todos los asociados, a la que están atribuidas, entre otras, las facultades de designación y remoción de los asociados que deben constituir la Junta Directiva, la aprobación de las cuentas de resultados, balances y memorias anuales, la reforma de los Estatutos y la fusión y absorción de la entidad.

- La Junta Directiva, que tendrá a su cargo el gobierno directivo de la entidad, la ejecución de los acuerdos adoptados por la Junta General y la representación jurídica de la Mutua (art. 35).

Como órganos voluntarios, prevé el Reglamento de Mutuas Patronales, la figura del Director-gerente, que asumirá las funciones delegadas en él por la Junta Directiva.

El nuevo Reglamento de 1976, ha introducido las siguientes modificaciones sobre los órganos anteriormente aludidos:

a) Creación de una Comisión de Prestaciones Especiales, constituida por representantes de los empresarios asociados, designados por la Junta Directiva y en el número estable

cido en el Estatuto, y por representantes de los trabajado-- res empleados por los empresarios que integren la entidad, - en los términos que se señale por el Ministerio de Trabajo, previo informe de la Organización Sindical. Tal Comisión tie ne como única competencia la de concesión de los beneficios de asistencia social que hayan de satisfacerse por la Mutua, con cargo a los excedentes a los que se refieren los números 2 y 3 del art. 32.

b) La inclusión de un representante de los trabaja- dores al servicio de la Entidad en la Junta General y en la Junta Directiva de la Entidad. Téngase presente que este tra bajador no representa a los asegurados o beneficiarios, sino únicamente a los empleados de las Mutuas Patronales, en cuan to que son, ellas mismas, unas empresas. En tal sentido, ya puede comprenderse que ni tan siquiera se cubre con tan ridí cula representación la exigencia establecida en la legisla- ción española de cogestión para las empresas industriales.

c) Se prohíbe la delegación, por la Junta Directiva en el Director-gerente, de las competencias relativas al re- conocimiento del derecho a las prestaciones por lesiones per manentes no invalidantes, invalidez permanente y muerte y su pervivencia.

El Reglamento de Mutuas, remite por lo demás a los - Estatutos, aspectos tan decisivos como:

- Número de miembros que han de componer la Junta Di rectiva.

- Las atribuciones de aquellos y éstos.

- Las incompatibilidades de dichos miembros, forma de nombramiento, sustitución y cese definitivo o temporal en el cargo.

- Facultades reservadas a las Juntas Generales.
- Requisitos de obligada observación en la convocatoria de las Juntas Directivas.
- Condiciones exigidas para la validez de los acuerdos que por las mismas se adopten.

X.- ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL REGIMEN JURIDICO DE LAS EMPRESAS.

Dado el carácter secundario que este fenómeno de colaboración ofrece, nos limitaremos a señalar resumidamente - algunos de los aspectos fundamentales de su régimen jurídico que permitan un conocimiento global del mismo.

1.- Antecedentes.

Las dos clases de colaboración de las empresas, voluntaria y obligatoria, actualmente admitidas en nuestro Sistema de Seguridad Social, tienen sus precedentes, en el sistema anterior a la Ley de Bases de 1963. Por lo que se refiere a la colaboración obligatoria en la gestión, puede decirse que la Ley no hace sino recoger el régimen ya subsistente, - sin introducir por ello alteraciones sustanciales.

Por el contrario, la colaboración de las empresas de carácter voluntario, no tiene un precedente tan claro, por lo que solamente cabe recordar la existencia de una colaboración semejante en la gestión del antiguo seguro obligatorio de enfermedad, creado por la Ley de 14 de Diciembre de 1942. Su Reglamento, de 11 de Noviembre de 1943, admitió, en efecto, que junto a la Caja Nacional del Seguro de Enfermedad -- (entidad pública encuadrada en el Instituto Nacional de Previsión) actuaran, en régimen de colaboración, para la concesión de prestaciones médico-farmacéuticas, una serie de entidades, luego sistematizadas en el Decreto de 2 de Marzo de 1944, y entra las que se encuentran: las empresas que, con anterioridad al 18 de Julio de 1936, tuvieran organizada alguna modalidad de asistencia sanitaria o prestaciones económicas por enfermedad; las compañías de seguros que, con anterioridad a esa fecha, actuaran en el seguro de enfermedad; y --

las entidades que hubieran creado servicios sanitarios como consecuencia de lo dispuesto en la reglamentación de trabajo a ellas aplicada.

Junto a tal admisión genérica para determinadas empresas de un régimen de colaboración voluntaria, se preveía también la existencia de medidas obligatorias de colaboración por parte de las empresas, consistentes en la adopción de medidas profilácticas ordenadas por la Caja Nacional.

El Decreto de 31 de Diciembre de 1954, establecía - el régimen de financiación de las entidades colaboradoras, autorizando a las mismas a detraer un porcentaje de las primas correspondientes a las cuotas del seguro de enfermedad y obligando a las citadas entidades a constituir fianza en un 10% del importe anual de su recaudación de primas.

2.- Normativa reguladora.

La Ley de Bases de 28 de Diciembre de 1963, constituyó en esto, como en otras tantas materias, el punto de inflexión del régimen de colaboración en la gestión por parte de las empresas.

El nº 72 de la Base Decimoséptima, estableció que -- "en la forma que reglamentariamente se determine, las empresas podrán intervenir en la gestión de la Seguridad Social - colaborando en los regímenes de enfermedad y protección a la familia, así como en las prestaciones de incapacidad laboral transitoria derivada de accidente de trabajo o enfermedad -- profesional!"

Aunque dejado a la regulación reglamentaria, el sistema de colaboración de las empresas fué posteriormente desarro

llado en parte por el art. 208 del Texto Articulado de 21 -- de Abril de 1966 que establece, como líneas generales de colaboración, las siguientes:

1º.- La colaboración sólo puede referirse a las empresas individuales y en relación con su propio personal. En consecuencia, una empresa no puede proteger contingencias del personal de otras empresas.

2º.- Se explicita el ámbito de actuación de la colaboración a los siguientes aspectos:

a) asumir la cobertura de incapacidad laboral transitoria derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional, y por lo tanto de las prestaciones económico-sanitarias correspondientes a dicha contingencia.

b) asumir la cobertura de incapacidad laboral transitoria derivada de enfermedad común o accidente no laboral, - igualmente de las prestaciones económicas y sanitarias correspondientes.

3º.- Y junto a aquellos dos sistemas, el pago a los trabajadores de las prestaciones económicas por incapacidad laboral transitoria y protección a la familia, así como, en otros casos las demás que pudieran determinarse reglamentariamente.

La Orden de 30 de Noviembre de 1964, reguló transitoriamente el régimen de colaboración de las empresas en la -- gestión de la Seguridad Social, hasta la regulación definitiva que se llevó a cabo por Orden de 25 de Noviembre de 1966.

La Ley 24/1972, de 21 de Junio, de financiación y -- perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, introdujo en su artículo 18, una

derogación parcial de lo establecido en el art. 208 de la -- Ley de 21 de Abril de 1966, al establecer la posibilidad de agrupaciones de empresas, para la colaboración de la gestión de incapacidad laboral transitoria derivada de enfermedad co_mún o accidente no laboral.

El art. 208 de la L.G.S.S., recoge el sistema esta-- blecido en el referido precepto de la Ley de 21 de Abril de 1966 y de la Ley 24/1972 de 21 de Junio.

Debe hacerse notar que la posibilidad de colabora--- ción de agrupaciones de empresas carece en este momento de - virtualidad en la práctica, al no haberse establecido, por - el Ministerio de Trabajo, las condiciones generales por las que debe regularse tal régimen de colaboración.

3.- Clases de colaboración.

Del análisis de la Orden de 25 de Noviembre de 1966, en concordancia con el art. 208 de la Ley General de 30 de - Mayo de 1974, resulta que caben las siguientes clasificacio-- nes de la posible colaboración de las empresas en la gestión de la Seguridad Social:

1º- Colaboración de las empresas individualmente considera-- das.

Tal colaboración puede ser, a su vez, de dos clases:

a) Colaboración obligatoria, que afecta a todas las empresas y consiste en el pago, por la empresa a sus trabaja-- dores, de las prestaciones siguientes:

- Asignaciones familiares periódicas.

- Prestaciones económicas por incapacidad laboral -- transitoria, derivada de accidente de trabajo, enfermedad pro_fesional, enfermedad común o accidente no laboral.

- Subsidio por desempleo parcial.

b) Colaboración voluntaria, que podría ser autorizada a las empresas que cumplan determinadas condiciones respecto de la gestión de las prestaciones por incapacidad laboral -- transitoria, tanto económicas como sanitarias, derivadas de enfermedad común o accidente no laboral, accidente de trabajo o enfermedad profesional, según los casos que luego se -- analizarán.

2º.- Colaboración de las empresas agrupadas al único efecto de colaborar en la gestión, en cualquiera de las modalidades establecidas en el nº 1 del art. 208 de la L.G.S.S.

Se trata también, en este caso, de una colaboración que es, a su vez, reconducible a los supuestos de colaboración voluntaria.

Dado el carácter secundario del supuesto de la colaboración obligatoria nos limitamos a un análisis centrado en las manifestaciones de la colaboración voluntaria.

4.- Análisis general del régimen de colaboración voluntaria.

a/ Objeto.-- Se trata, naturalmente, de un supuesto -- de colaboración dependiente de la voluntad del empresario (y no del trabajador) concebido como un derecho de las empresas a participar en la gestión de las contingencias específicas a que después nos referiremos, y no como un supuesto de posible concesión a las empresas de la gestión de un servicio público. En consecuencia con ello, la colaboración de las empresas está sujeta a un simple régimen de autorización por parte de la Subsecretaría de la Seguridad Social (antes Direc--

ción General) que debe en todo caso concederla, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en las disposiciones reguladoras antes mencionadas, en lo que radica la diferencia con el carácter discrecional que es referible a la concesión administrativa.

El supuesto de esta colaboración voluntaria, no puede ser otro que el establecido en la propia Ley y, concretamente, en el nº 1 del art. 208 del Texto Refundido. En consecuencia, solamente pueden colaborar en la gestión de prestaciones sanitarias y económicas por incapacidad laboral transitoria derivada de cualesquiera de los riesgos comunes o profesionales protegidos por la Ley.

En concreto, el régimen establecido en la Orden de 1966 es el siguiente: Las empresas podrían limitarse a colaborar en accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, o bien abarcar, además, la enfermedad común y el accidente no laboral. Por el contrario, si deciden colaborar en esta contingencia tendrían que hacerlo también respecto de la cobertura de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

b/ Requisitos para colaborar.- El Reglamento establece una regulación distinta para los supuestos en que la colaboración se extienda únicamente a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y a aquellos otros que incluyan toda clase de riesgos. Sin embargo, la diferencia entre ellos no es tan grande que no permita una visión conjunta, con las salvedades precisas, tal y como se ofrece a continuación. Los requisitos, pues, para poder ser autorizadas son los siguientes:

a') Requisitos de procedimiento: son comunes para unos y -- otros supuestos: la empresa debe solicitarlo de la Dirección General de la Seguridad Social (hoy Subsecretaría), a través

de la Delegación Provincial de Trabajo, junto con la documentación acreditativa de las condiciones de los fondos, a que luego nos vamos a referir, y con informe del Jurado de Empresa en cada caso.

b') Igualmente es común el requisito de que las empresas deben tener a su servicio más de 500 trabajadores fijos, afiliados y en alta en la Seguridad Social, o más de cien trabajadores cuando la empresa tenga la finalidad exclusiva de -- prestar asistencia sanitaria.

c') También común es el requisito de que las empresas deben poseer instalaciones sanitarias propias y suficientemente eficaces para prestar la asistencia sanitaria a sus propios trabajadores, derivada de las contingencias en cada caso protegidas y con excepción de la hospitalización quirúrgica que puede ser prestada por los servicios sanitarios de las Entidades Gestoras.

d') La observación de un correcto cumplimiento de las obligaciones, derivadas de la legislación social, por el empresario solicitante, es igualmente un requisito común.

e') Para el supuesto de empresas que soliciten colaborar en las enfermedades comunes y accidentes no laborales, el requisito de asumir conjuntamente la cobertura de la contingencia derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional y, por lo tanto, debe poseer las instalaciones sanitarias adecuadas para prestar la asistencia sanitaria derivada de tales contingencias.

c/ Obligaciones de las empresas autorizadas.-- Conforme al art. 5, 8º del Reglamento de 25 de Noviembre de ---

1966, las obligaciones de las empresas son las siguientes:

- prestar, a su cargo, la asistencia sanitaria a sus trabajadores y familias beneficiarias cualquiera que fuera - la contingencia determinante, cuando esté autorizada para co- laborar en la asistencia sanitaria por enfermedad común y ac- cidente no laboral, y la correspondiente asistencia sanita-- ria por accidente de trabajo y enfermedad profesional, cuan- do solo está autorizada para hacerlo por esta contingencia.

- pagar a su cargo las prestaciones económicas, debi- das a sus trabajadores, por incapacidad laboral transitoria derivada de las contingencias para las que esté autorizada.

- invertir los posibles excedentes económicos, resul- tantes de la colaboración, en la mejora de las prestaciones a que se refieren los apartados anteriores.

- dar cuenta al Jurado de Empresa, semestralmente al menos, de la aplicación de las cantidades percibidas para el ejercicio de la colaboración.

- llevar en su contabilidad una cuenta que recoja to- das las operaciones relativas a la colaboración. Por otra -- parte, ha de tenerse en cuenta que las prestaciones dispensa- das por estas entidades deben serlo con la misma cuantía y - con las mismas reglas que rigen, con carácter general, para ellas, con las adicional de que las prestaciones de asisten- cia sanitaria serán prestadas en coordinación con los Servi- cios Sanitarios de la Seguridad Social y, por tanto, de tal coordinación derivará la obligación específica impuesta en - cada caso por las Entidades Gestoras y, junto a ellas, las - establecidas por el propio Reglamento de que las prestaciones estén sujetas a la inspección de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social.

d/ Derechos de las empresas colaboradoras.- El artículo 6º del Reglamento, fija como derecho de las empresas que colaboren respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la compensación de que "quedarán exentas de ingresar en sus cotizaciones a la Seguridad Social la parte de primas o cuotas correspondientes a las prestaciones sanitarias y económicas detalladas en el artículo anterior". La regulación es más detallada respecto de la colaboración en las contingencias de enfermedad común y accidente no laboral y se encuentran recogidos en el art. 9º del mismo Reglamento, conforme al cual las empresas colaboradoras recibirán del Instituto Nacional de Previsión, por cada trabajador titular del derecho a la asistencia la cuota pura media correspondiente a la asistencia sanitaria por enfermedad común y accidente no laboral y a las prestaciones económicas por incapacidad laboral transitoria derivada de tales contingencias si es igual o inferior a la cuota pura media nacional relativa a trabajadores en activo y a las aludidas situaciones y contingencias. En otros casos, percibirá dicho cuota pura media nacional más el 40% de la diferencia entre ésta y la cuota pura media que corresponde al colectivo protegido por la empresa.

A ese efecto, se toma la cuota pura media nacional del último ejercicio y la que resulta para las empresas en cada cotización mensual, salvo las rectificaciones que puedan introducirse por una elevación de alcance general en las cotizaciones que afecten sustancialmente a la media nacional.

5.- Control.

A diferencia de lo que sucede con las Mutuas Patronales, la L.G.S.S. no establece facultades de "dirección, vigi

lancia y tutela" sobre las empresas, de modo que hay que estar al artículo 21 del Reglamento que establece únicamente - que "la Inspección de Trabajo, a propuesta de las Entidades Gestoras o, en su caso, de las Mutuas Patronales, por cuya - delegación se abonan las prestaciones o a instancia de los - trabajadores interesados, controlará el cumplimiento por las empresas de la colaboración", a la que nos venimos refiriendo.

Junto a tales facultades, la Inspección de Servicios Sanitarios es competente en la materia correspondiente.

Está por último, el control indirecto a ejercitar por los Jurados de Empresa, que deben ser informados periódicamente de la marcha de la colaboración.

C A P I T U L O Q U I N T O

CONFIGURACION TEORICA DE LA COLABORACION EN LA GESTION

- I.- Planteamiento
- II.- La tesis de la concesión administrativa y de la actividad privada de interés público.
- III.- La aplicación de la descentralización administrativa - a los privados.
- IV.- Algunas consideraciones políticas sobre la descentralización de los privados.
- V.- La configuración teórica de la colaboración de las --- empresas.

I.- PLANTEAMIENTO

Hemos analizado los aspectos más salientes, a nuestro juicio, del régimen jurídico de las Mutuas Patronales. -- Aunque las conclusiones de tal análisis son múltiples nos interesa ahora retener las siguientes: la naturaleza privada de las entidades examinadas, de una parte; la sujeción de esas entidades a un régimen de control en el que se contienen facultades de las que la doctrina denomina comunmente como tutela para referirse a las que competen al Estado sobre los entes públicos descentralizados; la sujeción del patrimonio adscrito a las Mutuas a un régimen especial en el que la Administración goza de las fundamentales facultades de disposición y -- los entes privados solamente de administración de los bienes; la coexistencia, en suma, de un régimen jurídico-público con un régimen jurídico-privado del que es manifestación el ámbito de autonomía estatutaria de las entidades y el ámbito de actuación no reglamentado.

Todos estos datos se encuadran en un marco más amplio que hemos tratado de precisar más arriba: la Seguridad Social es una función asumida y garantizada por el Estado al nivel máximo de sus leyes constitucionales, y constituye un servicio público en el que, por lo tanto, el Estado asume la actividad y la responsabilidad últimas, lo que no significa necesariamente que su gestión tenga que ser efectuada por entes públicos, pero sí que tal gestión permanezca necesariamente bajo su control. Este supuesto es, precisamente, el de las Mutuas Patronales, entes de naturaleza privada gestores del servicio público de la Seguridad Social. Ahora bien ¿cómo se in-cardinan tales entes privados en la gestión del servicio público? Las páginas que siguen tratan de dar respuesta a esta cuestión.

II.- LAS TESIS DE LA CONCESION ADMINISTRATIVA Y DE LA ACTIVIDAD PRIVADA DE INTERES PUBLICO

La doctrina tradicional configura el papel de los privados en la gestión de los servicios públicos valiéndose de la técnica de la concesión. Basta con hojear cualquier Tratado de Derecho Administrativo para convencerse de lo anterior (1), pero incluso recurriendo a estudios monográficos se llega a la misma conclusión: la concesión es la técnica fundamental de gestión de los servicios públicos por los particulares (2). En el volumen tercero de su Curso (3) dedica ZANOBI NI un capítulo completo a lo que llama "Ejercicio Privado de las funciones y de los servicios públicos". También este autor dedica la parte más importante del estudio a la gestión por concesión, y solo una mínima parte a las "otras formas del ejercicio privado". Tomemos su análisis de la concesión, que no se diferencia del planteamiento clásico del tema, para contrastarlo con los datos que hemos aportado anteriormente del tema de los privados en la Seguridad Social. Para empezar, el autor se preocupa de definir la concesión por contraste -- con la autorización; según él "la concesión es un negocio jurídico de derecho administrativo, que tiene por objeto conferir potestad o derechos a la persona a quién se refiera: se distingue de la autorización, en cuanto que ésta última no crea en el sujeto ningún nuevo poder, sino que solo hace lícito o posible el ejercicio de poderes o derechos de quien ya -

-
- (1) Y no solo eso, sino que, como observa M. BAENA DEL ALCAZAR, algunos administrativistas "dicen estudiar el servicio público y estudian en realidad la concesión, como por ejemplo en el caso de HAURIU, que dedica dos páginas de su obra a la gestión directa de los servicios, y cincuenta a la gestión en concesión" (en Los transportes mecánicos, cit. pag. 82)
 - (2) vgr, ALESSI, Le prestazioni amministrative rese ai privati, 2ª Edi. Dott. A. Giuffrè. Milano, 1956; DE VALLES, I servizi pubblici, cit.
 - (3) Corso di Diritto Amministrative. Dott. A. Giuffrè Ed. -- Milano, 1949

era su titular" (1). Añadiendo que "la concesión de los servicios públicos pertenece a aquella especial categoría de concesión que denominamos traslativa, porque con ella la Adminis--tración transfiere al privado un derecho o una facultad que - es suya propia... desgaja una parte de los poderes y de las - funciones que son propias de la Administración e inviste de - ellas al privado, dejándolo fuera de la organización adminis--trativa" (2). Aparte del tema de la naturaleza jurídica del - acto concesional (unilateral o contractual) que se encuentra mediatizado por las soluciones del Derecho Positivo italiano que estudia ZANOBINI, exige este autor como presupuesto de la concesión el "carácter monopolístico de la actividad que --- constituya su objeto" (3) y como forma de la concesión la que permite determinar en cada caso el concesionario adecuado --- (concurso, subasta...) e incluye entre los derechos del concesionario el de transferir la concesión a un tercero (4) y el de conseguir las ventajas económicas derivadas de la gestión del servicio, aunque "el interés público exige que el servi--cio sea prestado a precio notablemente inferior" al de los --servicios privados (5).

El análisis que realiza GARRIDO FALLA en su Tratado (6) no difiere esencialmente del realizado por ZANOBINI, apar--te de su configuración de la concesión como negocio jurídico bilateral, pues el objeto de aquella "está obviamente consti--tuido por la transferencia que, a favor del particular, se --realiza de las facultades para la gestión del servicio" (7) - de las cuales es "titular" la Administración.

- - - - -

(1) Ob. cit. pag. 306

(2) ob. et loc. cit.

(3) ob. cit. pag. 308

(4) El derecho del concesionario "es transferible a otros su--jetos, mediante acto o cesión o subconcesión" (ob. cit. - pag. 313)

(5) ob. cit. pag. 314

{6} en Tratado, Vol. II cit. pags. 390 y ss

(7) ob. cit. pag. 395

A la vista de tales connotaciones doctrinales entendemos que la colaboración de las Mutuas en la gestión de la Seguridad Social, no cabe dentro del esquema doctrinal referido fundamentalmente en razón de que la Administración no --- transfiere a tales entidades en ningún momento una facultad que sea suya o de la que ostente su titularidad. Esta diferencia es fundamental, pues ya hemos explicado anteriormente que las Mutuas gozan de un derecho a intervenir en la gestión que dimana de la ley y no de la Administración. La intervención de ésta autorizando la constitución de la Mutua para intervenir en la gestión de la Seguridad Social es reglada, y limitada al examen y comprobación de los requisitos legales para la válida constitución de la entidad: si el resultado -- del examen es positivo, la Administración debe autorizar necesariamente a aquella. Pero además es que la titularidad de la gestión del servicio no está atribuida en este caso a la Administración del Estado sino a entes públicos paraestatales y a los entes privados, de modo que a aquella solo pertenece la titularidad del servicio mismo, pero no de su gestión, que se encuentra desgajada a favor de aquellos entes públicos y privados. Si se da por buena la teoría de ZANOBINI nos encontramos ante un acto de autorización y no de concesión.

A la misma conclusión negativa podríamos llegar mediante el examen de otras caracterizaciones de la concesión -- por ZANOBINI o por GARRIDO. En el caso de las Mutuas no existe un procedimiento de selección del sujeto que debe ejercitar la gestión, puesto que la ley otorga el derecho --y lo reserva en exclusiva-- a favor de los entes que se constituyan -- en tal tipo de persona jurídica. Ni existe, tampoco, el derecho a traspasar a un tercero la facultad de intervención en la gestión del servicio (cosa distinta es la facultad de concertar con un tercero la prestación de determinados servicios pues ello no supone transferir las facultades gestoras que -- siguen siendo referibles al ente mutual.

Ni tampoco cabe admitir, en via de principio, la consecución de las ventajas económicas derivadas de la gestión del servicio, dado el principio del sistema de Seguridad Social que impide que esta sea soporte de actividades lucrativas.

Las diferencias entre uno y otro caso son, pues, de esencia, y no permiten, a nuestro juicio, encuadrar la colaboración de las Mutuas dentro del supuesto de la concesión.

Y sin embargo, las escasas configuraciones doctrinales existentes sobre el tema se han pronunciado, justamente, a favor de la concesión como fórmula que ampara la colaboración de las Mutuas en la gestión de la Seguridad Social. En un trabajo de VIDA SORIA al que nos hemos referido con anterioridad (1) se afirma que "la colaboración en la gestión que llevan a cabo las Mutuas Patronales, supone una anomalía en el esquema de la ley, que proviene de una atenuación en la estatización de la Seguridad Social, diseñada en el primitivo Anteproyecto de la Ley de Bases: la fórmula jurídica utilizada para instrumentar esa colaboración se acerca a la figura de la concesión administrativa tal como la entienden hoy determinados administrativistas", aunque se apresure a matizar que tal configuración se hace "con las precauciones que el superficial tratamiento del tema impone aquí por razones puramente metodológicas" (2).

En efecto, la idea de la concesión había sido ya apuntada para referirse a las denominadas "entidades colaboradoras del Seguro de Enfermedad" por SERRANO GUIRADO. (3) y es

(1) Régimen Jurídico de la protección contra accidentes de Trabajo, cit, pag. 13. El subrayado es nuestro.

(2) ibidem, ob. et loc.cit.

(3) en El Seguro de Enfermedad y sus Problemas, Madrid, 1950, pag. 247

retomada después por VILLAR PALASI (1) para aplicarlo a las entidades privadas aseguradoras del Seguro de Accidentes de Trabajo. Hay que tener en cuenta para juzgar tal configuración (pues las demás se limitan a calificar la actividad como concesión sin adelantar de qué idea de concesión se está partiendo, por lo que únicamente juzgamos de utilidad examinar la posición de este último, que no solo la posee sino a quién se debe una notable aportación en este terreno y en el de la distinción entre autorización y concesión) que la formulación de VILLAR no pertenece a la misma situación temporal en la que ahora nos encontramos: su trabajo es de 1950, anterior, por tanto, al sistema de Seguridad Social, en un momento en que el Seguro Obligatorio de Accidentes de Trabajo ni siquiera podía calificarse como uno más entre los Seguros Sociales (2) y referible, por lo tanto, no solo a las Mutuas Patronales sino a las Compañías mercantiles privadas. Hay que matizar igualmente que VILLAR no dogmatiza en este caso sobre la inclusión de las entidades colaboradoras como un supuesto de concesión, sino que las incluye como "caso dudoso" dentro de lo que él llama "tertium genus" en la clasificación clásica concesional. -- Ahora bien, ¿cual es ese tertium genus del que habla el autor? Para él "el concepto de concesión de servicios precisa un replanteo total de su problemática en sentido extensivo. Y ello es lógico, porque en definitiva no siendo la concesión otra cosa que una transferencia al particular de funciones y poderes de la Administración, al ampliarse las funciones atribuidas al Estado es congruente que se amplíe correlativamente, - al menos en potencia, la idea concesional" (3).

(1) en La actividad industrial del Estado, cit. pag. 67.

(2) El propio autor señala los límites legales en que basa su configuración, todos muy anteriores al sistema de la Ley de Bases: artículos 105 a 108 del Reglamento de 31 de Enero de 1933; Decreto de 26 de Mayo de 1943; Orden de 9 de Junio de 1941; Orden de 1 de Diciembre de 1948.

(3) ob. cit. pags. 65 y 66.

Partiendo de este apriori, especifica lo que entiende como elementos de la definición tradicional de la concesión (el régimen reversional; tasas que verifican la ecuación financiera indispensable en esta colaboración, condiciones -- concesionales, ligadas en caso de incumplimiento culpable a -- la caducidad de la concesión) para llegar a la conclusión de que esta idea de servicio concedido se escindía luego en las dos formas de concesión demanial -versando sobre dominio público- y concesión de servicio -sobre servicio público- frente a cuyas dos formas, según él, surge un nuevo tipo de concesión que no es de servicio público ni recae sobre dominio público, y que VILLAR propone se denomine como concesión industrial.

Es dentro de este nuevo tipo -dejado en la nebulosa de la indefinición- en el que VILLAR propone la posible, y dudosa calificación de la colaboración en la gestión de los entes privados en la Seguridad Social. Si se examinan los caractéres que tal tipo de concesión retiene según el autor ("es--tán delimitadas por un término, se vinculan al cumplimiento -- de condiciones cuya inejecución motiva la caducidad y se adjudican mediante concurso público... (1)) puede concluirse el -- error de la calificación concesional en relación con las entidades colaboradoras a que nos estamos refiriendo, pues ni su colaboración se encuentra sujeta a término, ni son admitidas a colaborar tras su selección mediante un concurso público. -- Por otro lado, el hecho de que tales entes privados disfruten de poderes típicos de la Administración (VILLAR cita el apremio especial para la exacción de primas) no significa que --- exista necesariamente concesión, pues aunque ésta, según dice el autor no sea, en definitiva, "otra cosa que una transferencia al particular de funciones y poderes de la Administración" la utilización por las entidades privadas referidas del apremio especial para la exacción de primas, no era consecuencia de una transferencia de sus poderes efectuada por la Adminis-

-- -- -- -- --
(1) ob. cit. pags. 66 y 67

tración a través del acto concesional, sino una prerrogativa de esos entes privados derivada de la ley, como lo es hoy el privilegio de exención tributaria absoluta de que disfrutaban las Mutuas Patronales (1).

En un trabajo posterior (2) pero cercano al anterior vuelve VILLAR a tratar del tema de la concesión. Aún criticando la distinción de RANELLETTI y de la posterior doctrina italiana entre concesión y autorización (considerando a la concesión como creación de derechos y a la autorización como remoción de límites) en función de nuestro Derecho positivo, propone la categorización de la concesión en dos especies, la --concesión constitutiva y la traslativa, de modo que en la primera el poder de la Administración se agotaría en la mera creación del derecho, mientras que en la concesión traslativa la Administración crea un derecho transfiriendo al particular --funciones del Estado (no poderes) (3). Pero esta categorización tampoco permite, a nuestro juicio, encuadrar la colaboración de las Mutuas como un supuesto de concesión, pues no nos encontraríamos ni ante un supuesto de concesión constitutivo (la Administración no crea el derecho de las Mutuas a participar, sino la ley) ni ante la concesión traslativa (ya que no es la Administración la que transfiere funciones del Estado al ente privado). El papel de la Administración creando o ---transfiriendo derechos no se encuentra, pues en ninguno de --los casos.

M. BAENA ha criticado la clasificación de VILLAR que, a su juicio, presta adhesión consciente o inconsciente a la teoría de RANELLETTI, proponiendo la consideración de la auto

(1) Artículo . 38.2 L.G.S.S.

(2) La eficacia de la concesión y la cláusula sin perjuicio de tercero. R.A.P. nº 5, Madrid 1951

(3) ob. cit. pag. 153

rización como un genus complejo (1) y distinguiendo a tales efectos, con VILLAR, entre: a) acto de habilitación, en el -- que la Administración se limita pura y simplemente al reconocimiento de la facultad de ejercer un derecho previo, otorgado por el ordenamiento; b) autorización propiamente dicha, en la cual la Administración valora discrecionalmente la oportunidad del ejercicio de un derecho y c) el permiso, en el cual se otorgan facultades, mediante la creación de un derecho, aun que sometiendo a una disciplina determinada.

A nuestro juicio, en las intervenciones de la Administración frente a las Mutuas existen supuestos reconducibles a las tres fórmulas, pero la intervención inicial, aquella por virtud de la cual las Mutuas son autorizadas para intervenir en la colaboración (y por lo tanto, la fundamental a efectos de la configuración jurídica) solo es encuadrable dentro de la categoría del acto de habilitación, pues ya hemos visto que la Administración se limita a reconocer un derecho previo, otorgado por el ordenamiento, previa comprobación de que se cumplen los requisitos establecidos por el mismo.

La configuración de la colaboración de las Mutuas en la Seguridad Social como concesión, es por lo tanto, errónea. Pero se explica en razón del papel central que la doctrina -- tradicional le ha otorgado para explicar el papel de los privados en la gestión de los servicios públicos, y sus relaciones con la Administración, pero se explica, igualmente, en -- función de su régimen jurídico, que reproduce las facultades controladoras de la Administración respecto del privado concesionario, de modo que si la causa de la intervención de aquel proviene de distinto título jurídico, sus efectos no son, en principio, diferentes, pues en uno y otro caso: 1º la Administración dispone de un poder originario para controlar el ser-

(1) en Los transportes mecánicos, cit. pag. 88

vicio y hacer que se preste en las condiciones reglamentarias; 2º El personal adscrito al funcionamiento del servicio, concedido o en régimen de colaboración, no tiene, en principio, carácter de funcionario público; 3º La Administración conserva la facultad de controlar las tarifas de utilización del servicio (o de fijar las cuotas precisas para su financiación); 4º La idea de la reversión de las concesiones, aunque siga -- siendo la regla, no constituye ya principio esencial de aquella, como lo han puesto de manifiesto GARCIA DE ENTERRIA (1) y VILLAR PALASI (2). Por lo tanto, tampoco en este punto puede encontrarse una diferencia esencial con la colaboración de las Mutuas, que no está sujeta a término; 5º El concesionario puede beneficiarse del empleo a su favor de prerrogativas administrativas, lo mismo que los privados colaboradores (ya -- se aludió al tema del apremio especial para la exacción de -- primas); 6º La Administración dispone de una potestad sancionadora o correctiva sobre el concesionario, que también puede existir sobre los entes colaboradores.

La única diferencia esencial entre la colaboración -- de las Mutuas y la concesión podría encontrarse, pues, en la imposibilidad de cesión por el ente colaborador de sus derechos, a diferencia de lo que ocurre con el concesionario, previa la correspondiente autorización administrativa (3).

Tales similitudes en cuanto a los efectos jurídicos han llevado, pues, no solo a la confusión del supuesto de colaboración concreto que estudiamos con la concesión, sino al intento de extender el concepto de concesión de modo que pue-

-- -- -- -- --
(1) en El dogma de la reversión de concesiones, en Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo, Madrid, 1955

(2) en La actividad industrial... cit, pag. 66

(3) Los elementos básicos para esta confrontación, partiendo de la situación del concesionario, se han tomado de GARRIDO FALLA, F. Tratado, Vol. II, cit, pags. 398 y ss.

da comprender supuestos semejantes al estudiado. Aparte del de VILLAR, cuya crítica ya hemos afrontado, destaca por su interés el de POTOTSCHNIG (1) para el cual, el elemento definitorio de la concesión no radica en la transferencia por la Administración de poderes o atribuciones de los que era titular, sino en la sujeción de la actividad a una particular disciplina, de modo que "la concesión es ante todo... instrumento de disciplina de una actividad... dato este que sustrae siempre al privado la libre disponibilidad de los fines que presiden el servicio" (2). Partiendo de esta concepción, el autor critica a la doctrina tradicional, para la cual solo los servicios "en mano de la Administración" son en realidad públicos, con independencia de la disciplina a que estén sujetos, lo -- que justifica la noción, igualmente criticada, de la conce---sión como transferencia de poderes y atribuciones de la Administración a un tercero.

La teoría de POTOTSCHNIG no es, quizás, completamente aceptable, porque no explica, en definitiva, la diferente naturaleza de las formas mediante las cuales participan los - privados en la gestión de los servicios públicos, pues una co sa es que el servicio público consista precisamente en una es pecial disciplina de la actividad y otra que la concesión sea solamente el instrumento de imposición de esa especial disci plina, lo que puede ser cierto, pero parcial, al no explicar la diferencia entre la concesión y los demás medios de disci plinar la actividad de los privados en su colaboración o par ticipación en la gestión de los servicios públicos.

La tesis del autor, en definitiva, conduce a una sim plificación de los modos de participación de los privados en la gestión de los servicios públicos, que si permite ofrecer

(1) en su obra ya citada, I Publici Servici, pags 420 y ss

(2) ob. cit. pags. 423 y 424

una imagen sintética de aquellos no permite, por el contrario, individuar jurídicamente realidades y fórmulas que son distintas aunque posean una significación fáctica equiparable.

Mantenemos, pues, nuestra posición de que la colaboración de las Mutuas Patronales en el Servicio público de la Seguridad Social no puede ser explicada en virtud del mecanismo de la concesión administrativa.

Pero tampoco cabe explicar la colaboración de las Mutuas como un supuesto de la "actividad privada de interés público". Si se toma como punto de partida para su definición - la de GARRIDO (1), se observará que existen diferencias esenciales con el supuesto que estudiamos, ya que aquí la actividad es pública y no privada, con independencia de la naturaleza del gestor que realiza tal actividad.

La configuración de la fórmula jurídica por virtud - de la cual las Mutuas participan en la gestión de la Seguridad Social debe buscarse, pues, por otros derroteros, y esto es - lo que vamos a intentar, precisamente, a continuación.

- - - - -
(1) en su Tratado. Vol. II, cit. pags. 436 y ss. Para el autor se trata de "actividades privadas (que) por la aludida razón de interés público, quedan sometidas a una reglamentación administrativa especial" pero "la actividad, no obstante tal reglamentación, continúa siendo privada, pero la entidad o persona que la produce cae en una suerte de especial dependencia respecto de la Administración que la acerca de hecho al estatuto de quienes gestionan auténticos servicios públicos".

III.- LA APLICACION DE LA DESCENTRALIZACION ADMINISTRATIVA A LOS PRIVADOS

Las conclusiones anteriores permiten afirmar que las explicaciones clásicas no sirven para encuadrar la totalidad de los supuestos de participación de los privados en el ejercicio de funciones públicas.

Nosotros entendemos que el camino para lograrlo puede encontrarse en la aplicación de la teoría de la descentralización a los entes privados, cuando tales entes no sean concesionarios o carezcan de otro título de participación (arriendo, concierto...).

El intento tiene un antecedente clásico en la obra - de GENY (1), de la que se puede decir que no ha tenido continuadores en el Derecho francés, y menos aún entre nosotros, - lo que quizás se explica en razón de la óptica de nuestros -- tratadistas de identificar a la Administración Pública con la actividad administrativa. Recientemente, sin embargo, se ha - mantenido en nuestro país (2) el valor de la obra de GENY, -- aunque sin entrar en un examen de sus categorías conceptuales.

Antes que nada, pues, entendemos necesario recordar algunos de los datos fundamentales de la obra de GENY, lo que encontramos razonable, dada la falta de continuidad de su o--bra y el escaso reflejo en nuestra doctrina de la misma. Solo después nos referiremos a las configuraciones doctrinales de la descentralización actualmente aceptadas, para pasar en un tercer momento a la posible calificación de los supuestos de

-- -- -- -- --
(1) La collaboration des particuliers avec l'Administration. Paris. 1930

(2) T.R.FERNANDEZ RODRIGUEZ, en Derecho Administrativo, Sindicatos y Autoadministración. I.E.A.L., Madrid, 1972, en la página 29 se afirma que "la sistemática adoptada por GENY sigue teniendo validez..."

colaboración a que nos referimos como manifestación de la descentralización administrativa.

1.- La sistematización de GENY es tributaria del método institucionalista (el autor era pariente próximo de RENARD, que -- prologó su obra e influyó decisivamente en ella) de modo que su preocupación fundamental, y su mérito, consiste en deslindar dos grandes grupos de colaboración: la colaboración espontánea o por ingerencia (esto es, una colaboración inorgánica, no institucional) frente a la colaboración organizada, colectiva, o propiamente institucional (1).

Es dentro de esta última categoría donde GENY distingue, a su vez, dos especies, la colaboración por descentralización y la colaboración por actividad paralela. ¿En qué consisten una y otra? Una síntesis de la doctrina de GENY nos -- permite establecer sus diferencias.

1.1. La colaboración por descentralización, implica, ante todo, "un fenómeno cercano al de la descentralización territorial o por servicios", de modo que, "el Estado apela directamente a instituciones privadas, para jugar un papel activo en la ejecución de un servicio público que permanece bajo su control" (2) y "la Administración... se deslata de una parte -- de sus fines, para abandonarla, bajo su propio control, a la empresa de los particulares" (3) realizándose "en la creación

(1) Precisamente la individuación de esta segunda categoría -- de colaboración es el mérito de GENY, pues la mayoría de los estudios sobre la participación de los privados en la gestión se refieren, aparte la concesión, a supuestos típicos de la colaboración no institucional (vid. p.ej. ZANOBINI, L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici, en Trattato di Diritto Amministrativo de ORLANDO. Vol. II. Milano, 1920, pags, 420 y ss.).

(2) B. GENY, ob. cit, pag. 74

(3) ob. cit. pag. 75

de diversos organismos privados articulados a los servicios - públicos" (1). En otro lugar precisa que se trata de "instituciones que parecen, al tiempo que permanecen órganos puramente privados, incorporadas, en cierta medida, a la Administración" (2).

1.2. La colaboración por actividad paralela, por el contrario, "se produce bajo el modo de una acción paralela de la empresa privada en el campo ya cubierto por la actividad administrativa; no hay ya descentralización, sino yuxtaposición: de hecho esta acción paralela emana casi siempre de iniciativas no individuales sino institucionales; se legitima simplemente por la actividad de los particulares. La diferencia consiste en - que los particulares no forman ya agrupaciones que se embeben en un servicio público, sino que hacen, con medios de derecho privado, los mismos servicios que pueda realizar el Estado, - detentador del poder público" (3), de modo que la característica fundamental de este tipo de colaboración radica, precisamente, en la "simultaneidad de instituciones públicas y de -- instituciones privadas asegurando, aisladamente, aunque forzosamente en mutua dependencia, la gestión de los mismos intereses colectivos" y en que "se trata de iniciativas de los particulares que van a coincidir con los fines de la actividad - administrativa" (4).

Nos parecen suficientes los datos anteriores para señalar que si hubiera que encuadrar el supuesto de la colaboración de las Mutuas en la gestión de la Seguridad Social en -- uno de los supuestos de colaboración institucional habrá que hacerlo en el de la colaboración por descentralización, ya -- que: a) es el Estado "el que apela directamente a las institu

-- -- -- -- --
(1) ob. cit. pag. 78

(2) ob. cit. pag. 198

(3) ob. cit. pag. 74

(4) ob. cit. pag. 75

ciones privadas" para que jueguen un papel determinado en la gestión; y b) el servicio, no obstante, "permanece bajo el -- control del Estado". Por el contrario, no se produce el supuesto de la actividad paralela porque: a) los particulares no intervienen por propia iniciativa sino en función de la -- llamada del Estado; b) la legitimidad de su intervención no radica en la libertad de los particulares sino en la legitimación expresa para intervenir formulada por la ley; y c) no se trata de actividades de los particulares que coincidan, -- casualmente, con las de otros entes públicos, sino de actividades que el Estado puede encomendar a los entes privados si multáneamente con la encomendada a los entes públicos.

La anterior conclusión nos exime de profundizar en las demás clases de colaboración, para ceñirnos en la colaboración por descentralización (1), aunque debamos aclarar que el supuesto de las Mutuas Patronales no se encuadra, al detalle, en todos los condicionantes formulados por GENY para esta especie de colaboración (2).

La configuración jurídica de esta clase de colaboración consiste en aplicarle los mismos rasgos estructurales -- que la doctrina venía asignando a la teoría de la descentra-

- -- -- -- --
- (1) Es notable, por cierto, que GENY incluyera, entre otros ejemplos de descentralización estudiados, el de las sociedades de socorros mutuos que cooperan con el servicio de retiros obreros, y el de las cajas primarias, privadas, de Seguridad Social francesa, adelantándose así en ocho años a la Jurisprudencia Caisse Primaire Aide et -- Prevision.
 - (2) Así, GENY exige que la descentralización sea por "iniciativa de la Administración" o a su "instigación", dato es te que no se cumple en nuestro supuesto, donde es el legislador el que ostenta la iniciativa, si bien el autor contradice este punto de vista en otros momentos, donde parece sustituir tal iniciativa por la del legislador, -- entendiendo que es previa su autorización para decidir -- sobre la admisión del principio de colaboración en tal -- servicio determinado (vid. ob. cit. pag. 211)

lización de los entes públicos, esto es, la creación formal -- por los poderes públicos (1) y la tutela de estos últimos sobre los entes privados (2).

Es obvio, por tanto, que GENY no propuso una teoría específica de la descentralización, sino que simplemente mostró la posibilidad de aplicar la teoría de la descentralización a determinados supuestos de participación de los privados en funciones públicas. Antes de pasar adelante conviene, por lo tanto, que examinemos los conceptos de descentralización utilizados entonces por el autor.

Debe partirse de sus propias confesiones al efecto, de las que resulta que contrapone los dos grandes esquemas de descentralización conocidos entonces: territorial y por servicios. Por lo que se refiere a la idea de la descentralización por servicios, se encuentra anclado en la concepción conforme

-
- (1) "En efecto, en primer lugar, toda descentralización, cualquiera que ella sea, debe ser obra de los poderes públicos mismos; es inadmisibles que los ciudadanos organicen sistemáticamente, fuera del Gobierno y contra su voluntad, la gestión de sus intereses colectivos, e impongan esta organización a los poderes públicos sin su asentimiento; es inadmisibles o, si ello sucede, es que se trata no de un servicio público, sino solo de iniciativas ejerciéndose paralelamente y en concurrencia con un servicio público anteriormente organizado" (ob. cit. pags. 208 y 209) distinguiendo "dos autorizaciones superpuestas, la una emanando del poder legislativo, ... una segunda emanando del poder ejecutivo para aplicar la facultad, dispuesta por la ley, a tal institución particular" (idem, pag. 211)
- (2) "Si toda descentralización es una abdicación -dice GENY- de otro lado es una abdicación incompleta, en el sentido de que el poder administrativo se reserva siempre una vigilancia bastante estricta sobre el ejercicio de las atribuciones que consiente en delegar" (ob. cit. pag. 210) utilizando el término tutela en el sentido muy general de "ejercicio de un poder de control y vigilancia por la autoridad central sobre los organismos descentralizados" (idem, ob. y loc. cit.)

a la cual es la independencia relativa de un grupo de funcionarios la que la determina (1).

Es interesante igualmente el subrayar que el autor - considera que los conceptos hasta entonces existentes de descentralización no permitían separar claramente la descentralización administrativa de la política, aún cuando, salvando --- desesperadamente la autonomía de esta categoría precise que... "es de un orden muy diferente...; orgánico; los procedimientos que emplee son indiferentes; no tienen sentido y valor más que por su incidencia sobre la ordenación específica del poder administrativo..." (2).

(1) Precisamente, tal distinción se encuentra recogida en DUGUIT al tratar el tema de la descentralización, en el Vol. III de su "Traité..." que la clasifica en "descentralización por región" y "descentralización por servicio", según que los agentes descentralizados vean limitada su competencia al área de una región geográfica, o dicha competencia se extienda al área de todo un servicio. (Garrido, "Administración Indirecta del Estado y Descentralización Funcional". Madrid, 1950, pag. 77). La teoría de DUGUIT es seguida en Francia por JEZE, BONNARD y otros, y parte de la idea de descentralización en función de la organización de los servicios públicos. En la página 83 de su Traité de Droit Constitutionnel precisa DUGUIT los elementos precisos para que exista descentralización por servicios (un servicio público de orden particularmente técnico; un estatuto legal de funcionarios; el control del gobierno sobre las decisiones de las autoridades descentralizadas; la responsabilidad personal de los funcionarios; y la elección de los funcionarios a los que corresponde la dirección del servicio) En DUGUIT se encuentra, pues, buena parte de las ideas previas de GENY sobre la descentralización. JEZE continúa en la misma línea que DUGUIT, pero precisando que el poder de control es distinto de la jerarquía, la cual haría imposible la autonomía (Les principes généraux du Droit Administratif. T.I. 3ª ed. 1926, pags 126-129). Las aportaciones fundamentales de BONNARD a la descentralización están contenidas en su artículo Les actes constitutionnels, de 1940, (posteriores por tanto a la obra de GENY, no pudieron influir en ella). Tampoco pudieron ser conocidas por el autor configuraciones doctrinales tan importantes para la teoría de la descentralización como la teoría jurídica pura de -- Kelsen y sus seguidores en el Derecho Administrativo (MERKL y EISENMANN), por la misma razón.

(2) ob. cit. pag. 168

Para el autor, sin embargo, el supuesto de la descentralización que implica a los privados es, auténticamente, un supuesto puramente administrativo, incontaminado de las ideas políticas que presiden la descentralización en general.

Y sin embargo, hay que reconocer el mérito de GENY, capaz de oponerse a un monstruo sagrado del Derecho Administrativo al aplicar la teoría de la descentralización a los privados (1).

En conclusión, las ideas sobre la descentralización utilizadas por GENY para configurar la colaboración institucional por descentralización, pertenece casi a la prehistoria de la teoría sobre la descentralización, y se encuentra, por tanto, invadida por una ganga de teorías sociológicas y políticas que no dejan ver clara la configuración jurídica de --- aquella. Se hace preciso, por lo mismo, examinar el estado actual de la teoría de la descentralización para ver si, desde su perspectiva, cabe aplicarla para una configuración - de los supuestos de intervención de los privados similares a los que en su tiempo analizó GENY, lo que vamos a realizar centrándonos en la doctrina española a la que, a nuestro juicio, se deben las mejores aportaciones en este terreno.

2.- En 1950 se publica en Madrid un libro del profesor GARRIDO FALLA (2) que supone un replanteamiento fundamental del tema de la descentralización, que va a permitir, entre otros efectos, una reordenación de la teoría de las personas jurídico--

(1) Muchos años antes había mantenido HAURIOU que no hay cuestión de descentralización administrativa allí donde los servicios útiles al público son prestados por particulares o por poderes autónomos que se han organizado fuera del Estado (en Etude sur la décentralisation, París, 1892)

(2) Nos referimos al ya citado sobre la Administración Indirecta del Estado y Descentralización Funcional.

públicas dentro del Derecho Administrativo, con la inclusión - de las fundacionales, a las que se deslinda del género único - hasta entonces utilizado de las corporativas.

La obra de GARRIDO parte de dos premisas: 1) Su concepto unitario de la Administración del Estado, dentro de la - que distingue la Administración directa de la indirecta (1) y 2) Su intento de construir una noción técnico-jurídica de la - descentralización, supuesto que el autor entiende que las aportaciones doctrinales anteriores no han conseguido tal configuración (2).

GARRIDO cree encontrar el concepto técnico-jurídico clave para tal elaboración en la noción de competencia de modo que, "el reparto de competencias que dibuja el perfil en un momento determinado de la Administración directa y de la indirecta, o dicho de otro modo, el más o el menos de la actividad - realizada por una u otra Administración nos procura, para un - momento dado, la noción estática de la centralización y descentralización administrativas" (3) o bien: "la verdadera descentralización (territorial y funcional) supone siempre una traslación de competencias de la Administración directa a la indirecta del Estado" (4).

Frente a la descentralización regional y por servicios clásica GARRIDO contrapone a la descentralización territorio

- - - - -

- (1) Los conceptos de una y otra, en ob. cit. pag. 13, traducen esencialmente las nociones de ZANOBINI.
- (2) Sin perjuicio de que reconozca el valor de algunas aportaciones singulares, como las de BONNARD, SANTAMARIA, BALLBE y otros que, con anterioridad, plantearon el tema como problema de relación entre los diversos órganos estatales.
- (3) ob. cit. pag. 101
- (4) ob. cit. pag. 103

torial la descentralización funcional, para lo cual parte de una previa reconsideración de las personas jurídicas públicas existentes, introduciendo a las fundaciones como tipo independiente de las corporaciones (1).

Las notas de este tipo de descentralización son, resumidamente, las siguientes: 1) los entes que constituyen la descentralización funcional son creados estatalmente; 2) los bienes que se adscriben como medios económicos al servicio de los entes descentralizados, tienen un origen estatal; 3) la finalidad de esta descentralización es la creación de un organismo ágil en la Administración indirecta del Estado, realizador de una determinada función estatal, y 4) el ente descentralizado es un organismo estatal (2).

Tales entes se encuentran sujetos a un régimen jurídico-financiero especial (cuyas notas esenciales estudia el autor: intervención económica y contable; especialidad del patrimonio adscrito a un fin concreto; privilegios y exenciones de carácter fiscal; carácter jurídico de los actos del ente descentralizado, que el Estado ha de considerar como indirectamente propios, y carácter de funcionarios de los empleados de estos entes), pero lo esencial, según GARRIDO no es este régimen jurídico (que puede fallar o darse solo en parte) sino la existencia de una relación de tutela, que se individualiza en contraste con las nociones de jerarquía y policía. La idea de

(1) "La descentralización funcional -dice- se realiza a favor de ciertas personas jurídicas de Derecho público de tipo institucional y que se caracterizan formalmente como fundaciones estatales" (ob. cit. pag. 121) "El nuevo tipo de descentralización se refiere a la función misma. Hasta el punto de que nada se opone a que, una vez la función descentralizada, actúe a su vez como fundadora de establecimientos públicos. Cuando se habla de descentralización funcional la personalidad jurídica se confiere a una entidad no territorial que se convierte en sujeto de una determinada actividad estatal" (ob. cit. pag. 135)

(2) ob. cit. pags. 158 y 159

GARRIDO traduce la fuerza de esa relación, de modo que "la --- nueva persona jurídica, el ente público de la Administración - indirecta que da lugar a la descentralización, continúa formando parte de los cuadros de la total organización administrativa del Estado, y la traducción jurídica de esta pertenencia es la tutela, concebida como conjunto de nexos y ligámenes" (1).

En realidad, la teoría de GARRIDO constituye el "estado de la cuestión" en la doctrina española, sin perjuicio de que haya que reconocer la significación de otras aportaciones doctrinales posteriores, que tratan de ver el fenómeno de la - descentralización desde una perspectiva dinámica, como sistema de articulación de organizaciones públicas, montado para el -- cumplimiento de fines estatales. Desde esta perspectiva pueden citarse a G^a TREVIJANO (2), SALAS (3), ARIÑO (4), y BAENA (5) que observa la "carga centralizadora de la descentralización", ya que en muchas ocasiones los fines a perseguir no lo eran originalmente de la Administración Pública, sino de otros grupos sociales que, mediante la personificación jurídico-pública vienen a ser incardinados en la organización estatal (6).

Sin perjuicio pues, del valor de estas aportaciones

(1) ob. cit. pag. 177

(2) en su Tratado de D^o Administrativo, Tomo II, Vol. I, 2^a ed. Madrid 1971, pags 440 y ss. que no obstante, sigue manteniendo como notas básicas de la descentralización las ss: 1^a, transferencia de poderes de decisión; 2^a, creación de una persona jurídica distinta del Estado; 3^a, que estas -- personas jurídicas sean de Derecho público; y 4^a, existencia de una tutela sobre dichos entes descentralizados.

(3) El tema de las competencias: instrumentación de las relaciones entre el Estado y la Administración local desde la perspectiva de la descentralización territorial, en Descentralización Administrativa y organización política, II, Alfaguara, Madrid 1973.

(4) Realidad y dogmática de la descentralización, en Estudios en homenaje a López Rodó, Madrid, 1971

(5) Su ya citada obra Administración Central y Administración institucional en el Derecho Español.

(6) ob. cit. pag. 227 y ss.

doctrinales, hemos de tomar como obligada referencia la doctrina de la descentralización elaborada por GARRIDO para examinar la posible configuración de las Mutuas dentro de la teoría de la descentralización administrativa, lo que hacemos a continuación.

3.- Es obvio que la adopción pura y simple de la teoría de GARRIDO (y la doctrina dominante) sobre la descentralización, no permite la reconducción de la colaboración de las Mutuas, ni de los privados en general, a la citada descentralización.

Un obstáculo aparente parece residir en la propia noción técnico-jurídica de competencia, noción que GARRIDO confiesa tomar de la doctrina italiana, como "esfera de actividades y cometidos que el órgano está llamado a realizar y perseguir" (1). Si se toma ese concepto estricto de competencia el camino parece cerrado para configurar la colaboración de los privados como un supuesto de descentralización, puesto que en este caso nos encontramos ante personas jurídicas y no ante simples órganos. Ocurre, sin embargo, que GARRIDO no ha operado con aquella idea estricta de competencia a la hora de elaborar su teoría de la descentralización, sino que previamente ha operado una auténtica transmutación del concepto, en cuya virtud el órgano es sustituido por la persona jurídica (2). Una utilización del concepto de competencia semejante al utilizado por GARRIDO, no constituye, pues, un obstáculo real para la configuración de la colaboración de los privados como descentralización, ya que aquí se opera también una distribución de la esfera de actividades y cometidos que el ente privado está

- - - - -

(1) ob. cit. pag. 98

(2) En este sentido nos parece más clara la posición de M. BAE-NA cuando señala que "junto con los órganos, las personas jurídicas pueden actuar como elementos de la organización" subrayando su opinión de que los entes públicos descentralizados se integran en el complejo orgánico de la Administración Central (en Administración Central..., cit. pag. 14)

llamado a realizar y perseguir, frente a las que puedan corresponder al ente público.

El obstáculo fundamental parece residir, por lo tanto, en la exigencia de que la descentralización sea soportada exclusivamente por entes públicos (1). Pero entendemos que se trata de una exigencia secundaria, supuesto que la noción técnico-jurídica clave, confesada, es la de competencia. O por mejor decir, se trata de una consecuencia accidental de la investigación, en función de la aplicación de la descentralización administrativa al fenómeno estricto de los entes públicos, y con el fin de explicar las relaciones entre la Administración directa y la indirecta. Es cierto que el concepto técnico-jurídico elaborado por GARRIDO cumple perfectamente con esa función. Pero eso no significa que pueda negarse apriorísticamente su aplicabilidad en otros terrenos, al modo dogmático con que lo hiciera HAURIOU. Por el contrario, si se examina con cuidado la funcionalidad de la noción de GARRIDO se llega a la conclusión de que lo perseguido por el autor se centra en tres objetivos: a) uno previo, el de elaborar un concepto técnico-jurídico y no político de descentralización, que pueda resultar operativo; b) demostrar que los sujetos de la descentralización están sometidos a cierta disciplina legal (desde su creación, que no puede ser un capricho de legislador, a la presencia de un régimen especial) y c) la sujeción de tales entes a la Administración directa, mediante una relación de tutela distinta de la jerarquía y de la policía.

Pues bien, nosotros entendemos que la idea de la descentralización administrativa puede ser igualmente aplicable a los privados, puesto que: 1) conceptualmente, ya hemos demostrado que no existe obstáculos definitivos para trasladar a tales entes la noción técnico-jurídica de descentralización, y -

- - - - -

(1) exigencia reiterada en ob. cit. pags. 101,103,121,135, etc.

2) la operatividad del concepto técnico-jurídico de descentralización puede servir para explicar el régimen al que están sometidos los entes privados, y fundamentalmente, las relaciones de tutela de la Administración Central sobre ellos (1).

El obstáculo doctrinal a esta posición esbozada, puede encontrarse, sin embargo, en la idea de que la descentralización implica siempre la creación por el Estado de una persona jurídico pública. Aún cuando se admitiera que la descentralización pudiera afectar también a los entes privados, en vía de principio, se argüirá, por lo tanto, que no se encuentra -- por ningún sitio el acto de fundación estatal del ente privado, obstáculo fundamental, pues, para la configuración de ese ente como descentralizado (2).

Aparte de que la descentralización puede tener como soporte un ente preexistente cuya función puede ser alterada -- encomendándole una nueva o reduciendo la anterior, y ello podría ser aplicable también a los entes privados, entendemos --

- -- -- -- --
- (1) Recordemos que, al analizar el régimen jurídico de las Mutuas Patronales, tras estudiar las manifestaciones fundamentales de las facultades de control de la Administración sobre ellos, hemos llegado a la conclusión de que se trataba de facultades ineludibles en lo que en la doctrina llama comúnmente tutela. Debemos recordar que en la doctrina extranjera ya se había llegado a conclusiones semejantes en cuanto a la caracterización de controles de la Administración sobre los privados distintos de la policía. Así, A. DEMICHEL, Le contrôle de l'Etat sur les organismes privés, París 1900, que habla de "control administrativo" y L.R. LEVY, en I controlli dello Stato sulla produzione industriale, Milán 1938.
- (2) El supuesto es distinto, por lo tanto, de las entidades privadas creadas por el Estado para intervenir en la economía (p. ej. Las empresas nacionales) en cuyo caso se admite que "pueden formar parte de la organización administrativa, manipulada por el Estado" (M. BAENA, Administración Central... cit. págs. 16 y 150). Y de ahí que se haya llegado a decir que tales empresas son entes descentralizados (PEREZ MORENO, La forma jurídica de las empresas públicas. Instituto García Oviedo. Sevilla, 1969), pero en este supuesto nos parece más correcto, desde el punto de vista jurídico, el criterio de GARRIDO, para el cual las empresas públicas no son el Estado, sino del Estado, lo que hace que el vínculo fundamental con él sea un título jurídico-privado, la propiedad.

que tambien en la descentralización a favor de entes privados existe una previa intervención del Estado, de modo que la descentralización de una función estatal a favor de un ente privado supone siempre un acto de creación de persona jurídica privada, o de "recreación" de esa persona. El proceso sería similar al registrado por las Corporaciones públicas, que son en su base asociativa privadas pero que el poder público "transforma" en entes públicos, mediante una reglamentación especial de su organización y actividad, y la sujeción a un control especial de la Administración que consiste, justamente, en la tutela. Como se ve, el poder público no crea la Corporación sino que es la asociación de los privados la que da nacimiento a esa persona jurídico-pública. La intervención del Estado no consiste, pues, en la creación de la Corporación, sino en la publicación de la misma, otorgándole o reconociéndole, sobre su originaria naturaleza privada, una personalidad jurídico-pública.

Ahora bien, las Corporaciones constituyen tambien un supuesto de la descentralización administrativa, pese a lo cual no se exige su creación estatal para que lo sean.

En el supuesto de los entes privados, obviamente la intervención del Estado tiene lugar en otros términos, es decir, la condición básica de la personalidad privada no es alterada y convertida en pública (lo que supondría incardinar jurídicamente al ente en la Administración estatal) pero la persona jurídico-privada tampoco permanece como una persona jurídica común civil o mercantil, sujeta al simple control de policía de la Administración. Por el contrario, la persona jurídico-privada queda sometida a un control administrativo especial, en nada diferente del control de tutela, de modo que sin quedar integrada en la Administración del Estado, deviene parcialmente en instrumento suyo para la realización de un fin estatal. La situación esencial que aquí importa no es tanto, pues, la creación por el Estado del ente privado a favor del cual se realiza

la descentralización, cuanto la instrumentación de ese ente, - preexistente o no, para la realización de los fines perseguidos.

Ciertamente que tal instrumentación puede tener sus grados, y puede variar desde el establecimiento de un conjunto de facultades de control de tutela por parte de la Administración, a una reglamentación previa y general de la organización y actividades de la persona jurídica. En este caso, ciertamente el Estado no crea la persona jurídica concreta, pero si constituye el molde general dentro del cual ha de desenvolverse -- aquella, lo que supone un paso más en la instrumentación de la persona jurídico-privada, que queda así convertida en una persona jurídico-privada especial, o más concretamente, en una persona privada instrumental de la organización estatal.

Desde esta perspectiva puede entenderse perfectamente que el Estado sujete a su control a ciertos entes privados y que reglamente determinadas actividades, pues no se trata de - actividades privadas (configuradas como servicios de interés público por el hecho de que el particular no sea concesionario) sino de servicios públicos que pueden estar descentralizados a favor de sujetos privados (1).

Debemos aclarar, por último, que nuestra calificación de los entes privados descentralizados como entes instrumentales, nada tiene que ver con la correspondiente califica-

- - - - -

(1) GARRIDO FALLA observa que "a pesar de las críticas que ha levantado el ejercicio por la Administración de estos poderes reglamentarios (por entender que esto le está vedado - si previamente el legislativo no ha convertido tal actividad en servicio público), es lo cierto que cada vez son -- más frecuentes los ejemplos de este tipo que justifican un intervencionismo estatal... o incluso de las corporaciones locales. (Tratado, cit. pag. 441).

ción individuada por la doctrina para los entes públicos (1).

La finalidad de la descentralización administrativa - viene a ser la misma, por lo demás, tanto en los supuestos - en que se realice sobre entes públicos, como cuando se trate de entes privados: la instrumentación de entes que realicen eficazmente funciones cuya titularidad pertenece al Estado, lo que se logra en un supuesto mediante el mantenimiento de tales entes en el seno de la organización estatal, y en el - otro, mediante la estrecha dependencia del ente respecto de esa organización estatal. Es más, desde un punto de vista jurídico, serán las relaciones entre la Administración y el ente en cuestión las que determinen, en cada caso concreto, la posición del ente frente a la organización estatal. Más arriba probamos como por ej., las Mutuas Patronales se encuentran sujetas a un control y un poder de reglamentación que -desde un punto de vista jurídico-formal, y solo desde este punto - de vista- son superiores a los ejercidos por la Adminis-- tración sobre los Colegios Profesionales. A pesar de la personalidad pública reconocida a éstos últimos ¿no significa - lo anterior que las Mutuas están más integradas en la organi-- zación estatal que los Colegios?.

No es este lugar para reelaborar una teoría de la des

- - - - -
(1) La categoría fué fundamentalmente configurada por OTTA-- VIANO (Considerazioni sugli enti pubblici strumentali, Padova, 1959) y está generalmente admitida, aunque diver-- sa terminología: technique instrumentarium (LUHMANN) o - auxiliares (GIANNINI). GARCIA DE ENTERRIA y FDEZ. RODRI-- GUEZ señalan, por su parte, que "la mediatividad de los entes descentralizados... no implica que todos puedan ca-- lificarse de entes instrumentales de la Administración - Central, lo cual si es el caso de los entes institucionales no lo será respecto de los entes corporativos, que - cuentan con una substantividad sociológica y jurídica -- propia" (Curso, cit. pag. 216).

centralización a favor de los entes privados. Nuestro propósito era el de mostrar que en el Derecho positivo español -- existen supuestos de ese tipo de acuerdo con las exigencias doctrinales al respecto, y entendemos que ello está suficientemente probado con lo dicho hasta aquí. De acuerdo con lo anterior concluimos, pues, que la colaboración de las Mutuas Patronales en la Seguridad Social es explicable jurídicamente mediante la aplicación de la teoría de la descentralización administrativa no solo a los entes públicos gestores de la Seguridad Social sino a los citados entes privados.

IV.- ALGUNAS CONSIDERACIONES POLITICAS SOBRE LA DESCENTRALIZACION DE LOS PRIVADOS.

La admisión de la posibilidad de que los privados realicen funciones públicas o de que participen en la gestión de los servicios públicos, no significa otra cosa que el intento de configurar jurídicamente algo que preexiste a esa configuración, pero de ninguna manera significa que estemos de acuerdo (o que dejemos de estarlo) con esa técnica cuya responsabilidad por su existencia es imputable, en todo caso, al legislador.

No queremos dejar de apuntar, sin embargo, que desde el punto de vista de defensa del interés público sí que existen diferencias entre la descentralización a favor de los entes públicos y la operada a favor de los privados. No podemos quedarnos, pues, al puro nivel positivista de GIANNINI - cuando señala que "a través de sucesivas experiencias legislativas, se hace evidente que los resultados que se querían alcanzar a través del instrumento del ente público, se podían también obtener mediante entes no públicos, sujetando éstos en una trama que comportase efectivos poderes de dirección y de control por parte del Estado (o de otro ente público)(1) Al contrario, nos encontramos más próximos a la reflexión de ZANOBINI para el cual no es indiferente la elección entre un ente autárquico (esto es, público) y un ente privado, pues - "el fin para el que obra el ente autárquico coincide con un fin público del Estado; el fin para el cual obra el ente -- privado o el individuo particular es un fin distinto del público: su actividad sirve para conseguir tal fin, pero el in

- - - - -

(1) Diritto Administrativo, cit. pág. 182

terés por el que actúa no es aquél, sino el puramente egoístico del lucro, que el sujeto realiza con la gestión del servicio (1).

Esta consideración es indispensable para juzgar con justicia el significado de las funciones públicas realizadas por los entes privados, Pero el jurista no puede dedicarse a anatematizar los hechos, sino a constatar y sistematizar su existencia y sus categorías, lo que permitirá su enjuiciamiento desde diverso ángulos y puntos de vista.

Si bien se mira, la concesión administrativa implica siempre ese riesgo de incorporación de un interés ajeno al público en la gestión del servicio, e incluso contrario al mismo. Pero no por ello el jurista ha dejado de reconocer su existencia y de formular datos que permitan sistematizar su régimen jurídico y el establecimiento de un régimen que discipline la actividad del privado concesionario haciendola, en todo lo posible, subordinada al interés público.

Por la misma razón entendemos que no cabe negar la descentralización privada, una vez que es un hecho. Al jurista le cumple su constatación -y su crítica- pero también el exámen de su significación y la indagación de las fórmulas que hagan posible aquella subordinación de los intereses del privado descentralizado a los del interés público. Tal vez el reconocimiento de que sobre estos entes cabe una auténtica tutela, en nada dispar a la ejercitable sobre los entes públicos, constituya una primera aportación en ese sentido.

(1) en Corso di Diritto Amministrativo, vol. 3º. Milano, -- 1949. pág. 302.

Por lo demás, no hemos querido detenernos en el exámen de la configuración jurídica de este tipo de entidades, sino que hemos querido completar la investigación integrando en ella el necesario exámen del funcionamiento real de esa estructura jurídica, lo que permitirá enjuiciar hasta qué punto el sistema de controles y la articulación jurídica preestablecida por el legislador permiten o no una efectiva garantía del interés público.

V.- LA CONFIGURACION TEORICA DE LA COLABORACION DE LAS EMPRESAS.

El problema de encuadrar la colaboración de las empresas en alguna de las fórmulas tradicionales que explican la participación de los privados en el ejercicio de funciones públicas se deriva de su especial configuración. En efecto, no se trata de una actividad privada de la empresa, sino de una actividad que corresponde a la Entidad Gestora de las prestaciones y contingencias, respecto de la cual obra en sustitución. Pero además, la sustitución no se opera por virtud de una concesión administrativa de la Entidad Gestora titular de la gestión, sino por una simple autorización reglada de la Subsecretaría de la Seguridad Social que debe conceder la previa comprobación del cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios. Sin embargo, la Subsecretaría de la Seguridad Social no ostenta facultades para reglamentar el ejercicio de la actividad colaboradora, sin ninguna limitación salvo el respeto al T.R. Mientras que, por otra parte, la Entidad Gestora posee facultades de control sobre el modo en que se ejerce la prestación, y fundamentalmente la sanitaria, que debe subordinarse en su organización a la de los servicios médicos de aquella.

Desde luego no nos encontramos ante una concesión administrativa, porque la Administración no interviene concediendo o trasladando un derecho, que preexiste a la intervención de la Administración. Tampoco nos encontramos ante una simple actividad paralela de los particulares, porque no se trata aquí de una actividad privada, sino de una actividad pública, de la que es titular un ente gestor, y por lo tanto éste puede establecer las medidas de control específicas sobre el ente privado, y obligarle a coordinar su actividad con la suya.

Nos encontramos pues en un caso dudoso, pero quizás - reconducible a los supuestos de descentralización de segundo grado, en los que la instrumentalización por la Administración del Estado del ente pasaría por el control primario del ente gestor público.

C A P I T U L O S E X T O

LOS ANTECEDENTES DEL SISTEMA DE COLABORACION DE

LOS PRIVADOS

- I.- Líneas generales de la evolución normativa: el marco legal anterior a la Ley de Bases.
- II.- Algunos datos sobre el funcionamiento real del sistema normativo precedente.

I.- LINEAS GENERALES DE LA EVOLUCION NORMATIVA : EL MARCO -
LEGAL ANTERIOR A LA LEY DE BASES.

Aunque pueda parecer asistemático el lugar en que si tuamos este epígrafe (fuera de los precedentes del régimen - jurídico actual que estudiamos en el capítulo IV) la razón - de ello es que hemos preferido ofrecer esta evolución norma- tiva en simbiosis con la situación real de la gestión por -- los privados en la situación anterior al sistema de la Segu- ridad Social vigente. Se trata, en consecuencia, de ofrecer únicamente las líneas maestras desde el punto de vista norma- tivo que sirvan de referencia para comprender, por contraste el funcionamiento efectivo del conjunto de entes, públicos y privados, existentes entonces.

Por otra parte, el conocimiento histórico, desde am- bas perspectivas interdependientes, no constituye aquí una - indagación caprichosa y erudita, sino un presupuesto "sine - qua non" para la comprensión de la realidad actual, que no - es el fruto de una improvisación del legislador, sino la im- posición de la subsistencia de una parte de esta historia y de los intereses encarnados por las entidades operantes en - el marco normativo anterior al sistema.

Queremos advertir, por otro lado, que dado el carác- ter puramente instrumental de esta indagación sobre los pre- cedentes normativos del sistema vigente, entendemos super--- fluo el recurso a las configuraciones doctrinales del tema, debiendo confesar que para la misma hemos recurrido directa- mente al exámen de las disposiciones legales sobre el tema y

a algunos trabajos doctrinales que consideramos imprescindibles en la materia (1).

El conocimiento de las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo, y su papel en la gestión de la Seguridad Social, sería incompleto si no hicieramos referencia a los antecedentes de estas instituciones en la situación que precedió al sistema actualmente vigente, puesto que fué la misma existencia práctica de tales entidades, junto a otros intereses y razones que ahora no es el momento de referir, la que motivó su subsistencia frente al principio de publicación de la gestión, que subyace en la Ley de la Seguridad Social de 21 de Abril de 1966.

Como se ha visto, a las Mutuas Patronales se les ha reservado su intervención, en la gestión de la Seguridad Social, a la protección específica de la contingencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Justamente, el objeto específico de su intervención es el que tiene una historia separada y distinta del resto de las contingencias

- (1) Eso no significa que la literatura sobre el tema de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales sea escasa, muy al contrario: su sola cita llenaría páginas y páginas. Sin embargo, la doctrina, y sobre todo la doctrina española, atiende más al tema prestaciones y al fenómeno de la responsabilidad que al organizativo, por lo que los trabajos consultables son, en realidad, muy reducidos. Por lo que se refiere a las obras consultadas, -- aparte de otras de menor importancia, debemos citar a -- M. UCELAY REPOLLES, Previsión y Seguros Sociales, ya citada; DEL PESO Y CALVO, C: La protección legal del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional, Madrid, Pub. I.N.P., 1971; SOTILLO RUBIO, S.: Accidentes de Trabajo, Legislación, Jurisprudencia y formularios, Madrid 1956; PALANCAR, M.: La nueva ley de accidentes de trabajo. En R.D.T., nº 12, Madrid, 1955 y El nuevo régimen de las enfermedades profesionales, en R.D.T. nº 45, Madrid, 1961; VIDA SORIA: Régimen jurídico, cit. supra, y SERRANO GUIRADO: El Seguro de Enfermedad y sus problemas, IEP. Madrid

protegidas hoy en nuestro sistema de Seguridad Social (circunstancia, por lo demás, muy similar a la de otros países europeos), lo que explica que la historia de las Mutuas Patronales sea paralela a la de la protección de esta contingencia.

Sin innecesarias divagaciones doctrinales, baste precisar aquí que nuestro sistema atraviesa, en líneas generales las siguientes etapas en su evolución histórica (1):

a/ Seguridad jurídico-normativa, en la cual el Estado se limita a establecer la responsabilidad de un tercero (el empresario o patrón), pero sin que la Administración Pública intervenga para hacer efectiva la indemnización que corresponde al trabajador accidentado.

La Ley de 30 de Enero de 1900, introduce en España el sistema para los accidentes de trabajo, estableciendo, sin embargo, la posibilidad de que el empresario sustituyera su responsabilidad directa, concertando un seguro con una Sociedad debidamente autorizada por el Ministerio de Gobernación. El sistema era, pues, absolutamente privatista, ya que ni siquiera se establecía la obligatoriedad de asegurar la responsabilidad del empresario, y el seguro facultativo se concertaba con entidades de seguro de carácter privado. Téngase en cuenta, por otra parte, que la Ley venía a generalizar una responsabilidad empresarial que, en la práctica, cada día iba siendo más acentuada por las resoluciones de los

(1) Preferimos esta formulación, que es fiel, además, a la construcción histórica conceptual pergeñada al principio de esta tesis de la Seguridad Social, en lugar de las múltiples elucubraciones doctrinales sobre la evolución de la cobertura de los accidentes de trabajo, que encorsetarían, además, excesivamente el estudio, contra nuestro propósito.

Tribunales de Justicia que, en una evolución progresista --- bien conocida llegaron a establecer como criterio general en los accidentes de trabajo el de responsabilidad objetiva.

El Reglamento de la citada Ley, aprobado por Real Decreto de 28 de Julio del mismo año, establecía ya las entidades aseguradoras autorizadas para intervenir en estos seguros, previendo que pueden hacerlo tanto las Sociedades por acciones como las Mutuas. Nacían así las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo, aunque en un marco completamente distinto del actual, con competencias compartidas con las compañías privadas de seguros, respecto de las cuales ni siquiera se exigía su constitución como entidades con objeto único, pero sí la separación de sus operaciones relativas al seguro de accidentes de trabajo respecto de cualesquiera --- otras para las que estuvieran autorizadas, quedando sujetas a la tutela, por aquél entonces, del Ministerio de Gobernación.

En el campo de las enfermedades profesionales, nos encontramos con una situación prácticamente idéntica. Por la Ley de 8 de Abril de 1932, se ratifica el Convenio sobre enfermedades profesionales, aprobado en la Conferencia Internacional de Trabajo de Ginebra de 1926. Por Ley de 13 de Julio de 1936, se establece la responsabilidad empresarial en el supuesto de enfermedad profesional, si bien con rasgos más --- complejos, habida cuenta de la causación gradual y progresiva de la enfermedad frente al carácter de hecho inmediato y violento del accidente de trabajo (así, se determina como --- responsable al patrono que hubiera empleado al trabajador durante los doce meses inmediatamente anteriores a la incapacidad, o al patrono en cuya industria trabajase el obrero al conocerse la existencia de la enfermedad profesional, en el

supuesto de que durante los doce meses anteriores hubieran existido varios patronos) y extendiendo la responsabilidad indemnizatoria, por último, a todos los patronos de las industrias insalubres productoras de la enfermedad, con prorrateo del importe de la indemnización abonada por el empresario responsable que hubiera procedido al pago.

Siguiendo el mismo sistema que para el accidente de trabajo, se establecía la posibilidad de un seguro facultativo, mediante el cual quedaba trasladada la responsabilidad empresarial a las entidades aseguradoras autorizadas para ello y, entendiéndose por tales, las mismas que intervinieran en la protección de los accidentes de trabajo.

Durante todo el periodo, en definitiva, se mantuvo el mismo esquema de seguro facultativo y de opción de los empresarios entre las Sociedades mutualistas o por acciones. -- Por Ley de 10 de Enero de 1922, se mantuvo el sistema dicho para accidentes de trabajo, si bien las sociedades mutualistas o de seguros debían ser autorizadas por el Ministerio de Trabajo en lugar de por el Ministerio de Gobernación, como ocurría en el sistema anterior. El Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto de 29 de Diciembre de 1922, desarrollaba -- los preceptos de la misma, manteniendo intacto, por tanto, el sistema descrito, que continua igualmente en el Real Decreto Ley de 23 de Agosto de 1926 por el que se aprobó el Código -- del Trabajo respecto de la cobertura de accidentes de trabajo en la industria.

Ya en este periodo, sin embargo, empezó a existir, -- aunque rudimentariamente, un principio de intervención de la Administración Pública, que a la larga habría de generar una socialización del riesgo y una publicación de la gestión.

En la Ley de 10 de Enero de 1922, tiene su origen el llamado Fondo de Garantía de la Caja Nacional del Seguro de Accidentes de Trabajo, nacido inicialmente con la función de satisfacer el riesgo de indemnizaciones no pagadas por los patronos responsables o por la entidad aseguradora, en el caso de que estuviera concertado el seguro. Se iniciaba así el reconocimiento por el Estado de la insuficiencia de un sistema absolutamente privatístico, haciendo intervenir a la Administración Pública como última garantía de la protección del -- accidentado.

También en el campo de las enfermedades profesionales se inicia la creación de un ente administrativo en la misma Ley de 13 de Julio de 1936, al crearse en su Base décima la Comisión Central Técnica de Enfermedades Profesionales, in-- cardinada en el Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión, y con la función específica de resolver las discrepancias en-- tre las partes interesadas sobre la existencia o no de enfer-- medades para añadir a la lista que figuraba en la Base prime-- ra de la citada Ley.

b) La segunda fase en la cobertura de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se inicia con el establecimiento de la obligatoriedad del seguro, que deja así de -- ser facultativo y que tiene distintas fechas para cada una -- de las ramas y contingencias de que se trate.

La protección del accidente marítimo es la adelantada en este terreno, ya que por Decreto de 15 de Octubre de 1919 se empieza a obligar a las empresas correspondientes -- (Compañías de navegación o propietarios de buques) a asegu-- rar a las dotaciones de éstos contra los accidentes del mar.

El nacimiento del seguro obligatorio, va acompañado del nacimiento de los entes públicos competentes para la --- práctica del seguro, sin reservas de exclusividad en el mismo. Con el mismo Decreto nace, en efecto, el Comité Oficial de Seguros, en competencia con las entidades autorizadas (Mutuas o por acciones) de carácter privado. Por orden de 7 de Diciembre de 1919, se desarrolla lo dispuesto en el Decreto respecto a las Sociedades Mutuas, exigiendo a dichas entidades determinados requisitos.

Por Decreto de 9 de Mayo de 1931, se incorpora el accidente de trabajo en la Agricultura, en ratificación del -- convenio nº 12 de la Conferencia Internacional del Trabajo. La aplicación a la Agricultura de la Ley de Accidentes de -- Trabajo se efectuó a través de los Decretos de 12 de Junio - de 1931 y 25 de Agosto del mismo año, estableciéndose la obligatoriedad de los patronos de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, admitiendo igualmente la opción del empresario entre las compañías por acciones y las Mutuas Patronales.

La obligatoriedad en la industria tiene lugar con la Ley de Bases de Accidentes de Trabajo de 4 de Julio de 1932, en la que se prevé la creación de un ente público, en el seno del Instituto Nacional de Previsión, bajo la denominación de Caja Nacional de Seguros contra Accidentes de Trabajo, dotada de la colaboración de las llamadas Cajas Colaboradoras del - Instituto Nacional de Previsión, así como previniéndose igualmente la intervención de las Mutualidades Patronales.

Aunque la Ley de Bases de 1932 pretendía una asociación y publicación de la gestión de accidentes de trabajo, las circunstancias existentes hicieron poco realista tal petición, de modo que el Decreto de 8 de Octubre de 1932 mantiene la posibilidad de opción de los empresarios entre el segu

ro convenido con la Caja Nacional de Accidentes de Trabajo, por una parte, y las Mutualidades Patronales o las Sociedades por acciones de otra. La publicación se establece, sin embargo, a través de la obligatoriedad de las Mutualidades o de las Sociedades de entregar a la Caja Nacional, en caso de accidente del obrero empleado por uno de sus asociados o asegurados, del capital necesario para el pago de la renta que corresponda al trabajador en cada caso.

El fortalecimiento de los entes públicos creados exigió, con criterio realista, el establecer una limitación en las facultades de opción que correspondían al empresario, en el supuesto de que tuviera la condición de tal alguna Administración Pública. El artículo 91 del Reglamento de la Ley de Accidentes de Trabajo en la Industria, de 31 de Enero de 1933, dispuso así que "el Estado, las regiones, provincias, municipios, mancomunidades, cabildos insulares y cualesquiera otra administración pública, realizará el seguro en la Caja Nacional". Precepto éste que había de ser reiterado en la casi totalidad de las normas posteriores y que es el precedente del vigente art. 204 de la L.G.S.S.

Igualmente merece atención, como precedente de un -- principio que luego ha venido a establecerse categoricamente en el sistema desde la Ley de Bases de la Seguridad Social, el criterio sentado por el Decreto de 8 de Octubre de 1932, al regular una serie de obligaciones de las Mutuas Patronales, las cuales no podrían operar con tarifas inferiores a las fijadas por el Gobierno oída la Caja Nacional, deberían constituir fianza en garantía del cumplimiento de sus obligaciones y, en ningún caso, podrían otorgar prestaciones inferiores a los obreros o beneficiarios a las otorgadas por la citada Caja Nacional. Se apuntaba así a una serie de limitaciones del lucro que quedarían luego de forma más definida -

expresadas en el Reglamento de 31 de Enero de 1933 que prohibía que estas Mutualidades dieran "lugar a beneficios de clase alguna".

El hito legislativo más importante desde entonces, - estuvo constituido por el Decreto de 4 de Junio de 1940, que equiparó el Seguro de Accidentes de Trabajo en el Mar con el existente para la Industria, y que creó, al mismo tiempo, el Servicio de Seguros de Accidentes de Trabajo en el Mar, entidad de naturaleza pública y reaseguradora, que constituyó el precedente del todavía hoy existente Servicio de Reaseguro - de Accidentes de Trabajo, establecido por la Ley de 8 de Mayo de 1942, y tras esta norma, la Ley de 22 de Diciembre de 1955, que establece los principios uniformes por los que habría de regirse el seguro de accidentes de trabajo cualquiera que fuera la actividad (agrícola, industrial o marítima) en que dicho accidente se produjera. El sistema establecido en la Ley introduce, junto a las entidades autorizadas y a - la Caja Nacional del Seguro, a las que ya nos hemos venido - refiriendo, la posibilidad de que los patronos obtuvieran -- autorización del Ministerio de Trabajo para asumir directamente el riesgo de la incapacidad temporal y la asistencia sanitaria en régimen de autoseguro quedando fuera, por tanto, -- los demás riesgos protegidos por el seguro de accidentes de trabajo que deberían ser asegurados en alguna de las entidades referidas. El Reglamento de la Ley mantuvo íntegramente el principio establecido en la misma en cuanto a la gestión, si bien establece el principio de automaticidad en la protección de los accidentes de trabajo, pretendiendo considerar a todos los trabajadores como asegurados de derecho frente a - los riesgos de incapacidad y muerte aunque de hecho no estuviera asegurado su patrono. El Reglamento se refiere a la Caja Nacional de Accidentes de Trabajo respetando su integración en el Instituto Nacional de Previsión y estableciendo la

separación de sus actividades respecto de las demás funciones, bienes y responsabilidades del Instituto; reafirma su personalidad jurídica y de acuerdo con su condición de entidad pública obliga a la misma a la aceptación de los seguros de todos los patronos que lo soliciten, reiterando, para las Mutuas Patronales, la prohibición de que puedan dar lugar a beneficios de ninguna clase, si bien excepcionando de la condición de beneficios el reparto de excedentes o extornos entre los mutualistas, norma que, prácticamente, se ha mantenido en la vigente Ley de la Seguridad Social.

En cuanto a las enfermedades profesionales la posición es igualmente semejante: el Decreto de 10 de Enero de 1947, establece la obligatoria inclusión de las empresas en el seguro de enfermedades profesionales, al tiempo que se establece el Servicio de Seguro de Enfermedades Profesionales, como órgano específico en el seno de la Caja Nacional del Seguro de Accidentes de Trabajo del Instituto Nacional de Previsión. La obligatoriedad del seguro se conformó en la Orden de 19 de Julio de 1949, respecto de las empresas que se dedican a industrias determinadas. La gestión del seguro permaneció, sin embargo, privatizada, con la excepción de las funciones atribuidas al Servicio del Seguro, admitiendo, incluso, la amplia colaboración de las empresas, a quienes correspondía someter a los trabajadores asegurados al reconocimiento médico periódico y prestar a los afectados por enfermedad profesional, en el periodo de diagnóstico e incapacidad transitoria, la asistencia sanitaria y la indemnización económica. Sin embargo, la disposición complementaria segunda del Reglamento establece la aplicación subsidiaria de la legislación de accidentes de trabajo al seguro de enfermedades profesionales en lo no previsto en el Reglamento de dicho seguro. De ahí se deriva la aplicación de un sistema de gestión prácticamente idéntico para ambos seguros, con el mismo cuadro de

Entidades competentes, públicas y privadas, en materia de --
gestión de los mismos.

El esfuerzo más importante en la publicación del --
seguro de enfermedades profesionales, tuvo lugar a través --
del Decreto 792/1961, de 13 de Abril, mediante el cual se --
creó el Fondo Compensador del Seguro de Accidentes de Traba--
jo y Enfermedades Profesionales, al que se atribuye la ges--
tión pública de dicho seguro, desapareciendo con su creación
la Junta Administrativa del Seguro de Enfermedades Profesio--
nales, si bien el citado Fondo continuó siendo parte inte---
grante de la Caja Nacional del Seguro de Accidentes de Trabaj
jo, subsistiendo curiosamente, tras la Ley de 21 de Abril de
1966, el Fondo tras la desaparición de la Caja Nacional citad
da. Al Fondo se atribuye el reconocimiento del derecho a la
prestación de muerte y supervivencia derivada de enfermedad
profesional, funciones que fueron ratificadas por la Orden -
de 13 de Febrero de 1967.

La posición de las empresas y su régimen de colaborac
ción en el seguro de enfermedades profesionales, fueron con--
solidadas en el Decreto de 9 de Mayo de 1962, que reitera su
competencia para el abono de las indemnizaciones derivadas -
de incapacidad temporal en las enfermedades profesionales, -
siempre que estuviera autorizada por el Fondo Compensador.

En conclusión: el régimen anterior a la Ley de Bases
se había caracterizado por una gestión del seguro de accident
es de trabajo inicialmente sujeta a un régimen privatista,
que progresiva y tímidamente fué publicicándose con la crea--
ción de determinados organismos públicos, unas veces con fun--
ciones gestoras, otras con funciones correctoras o garantizad
oras (Servicio de Reaseguro, Fondo de Garantía...). En cual--
quier caso, desde bien pronto se hizo notar la necesidad de

someter a las entidades privadas a un régimen exorbitante del común vigente para las compañías privadas de seguros, lo que se tradujo, desde el punto de vista orgánico, en el desgajamiento de dichas entidades respecto de los órganos de tutela, que pasó a serlo el Ministerio de Trabajo, y la prohibición y requisito adicional de su actuación que, también desde muy -- pronto, se vió presionada por exigencias limitativas de las -- constituidas por una típica libertad mercantil, a través de -- la prohibición de alterar las primas en régimen de competen-- cia o de otorgar prestaciones distintas de las legalmente es-- tablecidas. Quedaba así confirmado, desde un punto de vista -- jurídico, un régimen mixto por la naturaleza de las entidades, públicas y privadas, que intervenían, pero un claro régimen -- de derecho público por la normativa específica que regulaba -- la actuación de todas las entidades con independencia de su -- naturaleza jurídica pública o privada.

II.- ALGUNOS DATOS SOBRE EL FUNCIONAMIENTO REAL DEL SISTEMA
NORMATIVO PRECEDENTE.

En definitiva, el intento confesado de la normativa - existente con anterioridad a la Ley de Bases de la Seguridad Social, de publicar el régimen jurídico de la gestión de ac cidentes de trabajo y enfermedades profesionales y de elimi-- nar el lucro en la gestión, había de chocar necesariamente -- con la situación fáctica de una gestión dominada ampliamente por entidades privadas surgidas, la mayor parte de ellas, y - fundamentalmente las compañías mercantiles, de entidades del mismo género que en los demás campos operaban guiadas por un lícito fin de lucro y que no pudieron, supieron o quisieron, prescindir de dicho motor a la hora de gestionar un seguro in compatible, por su esencia y su finalidad social, con aquél - principio.

Por el contrario, el seguro de accidentes de trabajo se había convertido en un seguro mercantil más con anteriori-
dad a la Ley de Bases de la Seguridad Social. El Profesor Pé-- rez Botija, pudo señalar algunos aspectos de este mercantilismo en la gestión de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, que tenían una doble cara: "las compañías mer- cantiles, por una parte, dan más facilidades al empresario; - más luego, en caso de riesgo, no son tan eficaces como las Mutualidades y las entidades públicas; discuten más la naturaleza y realidad del riesgo; por otra parte, sus gastos de propagan da, administración, etc., son generalmente más elevados". VELARDE FUERTES estudió el tema en un trabajo publicado en -- 1963 (1), en el que ponía de manifiesto la función importantísi ma de este seguro en el campo del mercado de seguros en España.

- - - - -

(1) Problemas en torno al mercado del seguro de accidentes de trabajo en España, en R.T. nº 3, 1963.

Se señalaban allí las características estructurales - del seguro español: su creación reciente, a finales del siglo XIX; el elevado número de empresas, con la consiguiente existencia de colectivos reducidísimos y escasas posibilidades de supervivencia de tales empresas; el predominio de las empresas extranjeras hasta el final de la Primera Guerra Mundial. Junto a estos datos, uno de gran importancia era el grado de concentración del mercado del conjunto de los seguros privados, en el que un 60% de las entidades sólo recaudaban la ridícula cifra del 5% del total de la cartera de seguros.

Aparte de lo anterior, se aportan en el estudio otros datos de gran interés y que revelan el papel del seguro de accidentes de trabajo dentro de ese mercado. En el año 1935, -- las compañías españolas recaudaban, en la rama de vida, ciento cinco millones de pesetas; en la de incendios, ochenta y -- nueve millones; en accidentes de trabajo ochenta y cuatro millones. En 1941, el seguro de transporte ocupaba el primer -- puesto con doscientos sesenta y tres millones; el seguro de -- accidentes de trabajo ciento noventa y ocho millones y el seguro de vida ciento ochenta y seis millones.

A partir de 1946, los primeros puestos, dentro del mercado del seguro, pertenecían ya a los accidentes de trabajo, con trescientos noventa y siete millones, junto a trescientos setenta y cuatro millones del seguro de vida, doscientos treinta y dos millones del de transportes y doscientos nueve millones del de incendios. En 1953, la rama de accidentes de trabajo representaba para el seguro privado el 28% del total de las primas recaudadas, con cifras absolutas de novecientos noventa y tres millones, frente al seguro de vida con seiscientos un millones y sólo el 17%; el de incendios con cuatrocientos noventa millones y sólo el 14%, perteneciendo a las demás ramas del seguro cifras absolutas y relativas en orden decreciente

El claro predominio, dentro del campo del seguro privado, de la rama de accidentes de trabajo se acentúa con los años, hasta el punto de que en 1958 el porcentaje de las primas recaudadas por este concepto representaba ya el 32,2% del total de la recaudación de las compañías privadas.

Hay que señalar igualmente, el alto grado de concentración del seguro de accidentes de trabajo en aquella época. El 10% de las entidades, recaudaban en 1962, el 62,4% de las primas de accidentes de trabajo. Más de la mitad, pues, del negocio del seguro de accidentes de trabajo estaba en manos del 10% de las entidades.

Se puede comprender así, el interés de las compañías privadas de seguros por mantener su competencia en la gestión de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: de una parte el seguro de accidentes de trabajo constituía un muelle de seguridad para las mismas, en frase de Velarde "un respaldo elástico en el que se apoyaba el edificio todo de los seguros españoles" (1), frente a la imprevisión de los ingresos procedentes de otras ramas en las que la falta de obligatoriedad y la inflación, junto a la misma falta de previsión de los particulares, no permitía hacer una previsión a largo plazo. Por otra parte, porque aún cuando entre 1952 y 1961 se observa la marcha de las grandes compañías aseguradoras en búsqueda de nuevos objetivos y mercado para sus seguros, es lo cierto que el seguro de accidentes de trabajo ofrecía no solamente una seguridad en los ingresos, sino también unos indudables beneficios derivados de la existencia de unos precios fáciles del seguro -las primas- que estaban por encima de las necesidades de cobertura de los accidentes de trabajo

- - - - -
(1) ob. cit. pág. 15.

y del verdadero precio de las primas, cuya formación describe Velarde en su estudio de acuerdo con el siguiente mecanismo: Por un lado, las compañías entran en competencia mediante la operación denominada de fijación de promedios. Por otro, utilizan el seguro de accidentes de trabajo como puerta de acceso al conjunto de los seguros de los empresarios. Aún establecida la obligación de llevar una contabilidad separada del seguro de accidentes de trabajo, tal hecho no se realiza en la práctica, pues no hay esquema contable capaz de proporcionar una situación nítida del seguro de accidentes, ya que la simple imputación de gastos de administración convierte en irrealizable el que se lleve a la práctica. Las tarifas mínimas no eran, pues, las tarifas reales.

Un hecho que, igualmente, demostraba el margen de beneficios que permiten las primas, se deriva del estudio de la variación sufrida, en las tarifas de primas oficiales en sus 489 epígrafes, vigentes en 1963, en los años 1933, 1949, 1952, 1954 y 1960. La media general de las modificaciones aludidas es a la baja, lo que mostraba que las tarifas de las primas - habían sido siempre, indudablemente, altas.

La situación de unas tarifas altas, y por lo tanto negociables, constituía sin duda un excelente instrumento para el predominio de las entidades privadas frente a la publicación introducida con la Caja Nacional del Seguro de Accidentes de Trabajo, puesto que a ésta última le estaba prohibido el actuar con primas inferiores a las oficialmente establecidas. De hecho, sin embargo, la Caja Nacional no podía resistir la tentación de incurrir en la negociabilidad de las primas con las empresas, de modo que las primas recaudadas eran inferiores en buena parte de los casos a las legalmente permitidas. Los efectos, pues, no eran solamente la mercantiliza--

ción efectiva de la actuación por las entidades privadas de -
seguros, sino de la mercantilización total de todos los siste-
mas de gestión del seguro de accidentes de trabajo, involu-
crando junto a aquellas a las entidades públicas competentes.

Los efectos de la mercantilización son sufridos, que
duda cabe, no por los empresarios, sino por los obreros. Cier-
tamente que en teoría el que pagaba y sigue pagando el seguro
de accidentes de trabajo, era el empresario. Pero en la prác-
tica, es el trabajador el que sufre esa mercantilización. Em-
presas cuya competencia se centra en la baja de la recauda-
ción mediante la negociabilidad de las primas de accidentes -
de trabajo, tienen que recurrir, como contrapartida, en todo
lo que les sea posible, a disminuir la protección de los bene-
ficiarios que son los trabajadores y sus familiares. Y eso --
ocurría de hecho como lo demuestra un estudio estadístico --
efectuado por la Dirección General de Jurisdicción del Traba-
jo (1) en el que se señalaba que entre 1958 y 1962 se resol-
vieron por accidente de trabajo 12.578 casos, con sentencia -
favorable para el obrero y 9.818 con sentencia desfavorable.
Esas cifras muestran ya, por sí solas, el mercantilismo con -
que actuaban las entidades y la falta de finalidad social que,
desde luego, no se caracterizaba por un ánimo exagerado en la
protección, sino todo lo contrario, en la búsqueda de ganan-
cias. No hace falta decir que las cifras son insuficientes te-
niendo en cuenta la realidad social de la época, en la que to-
avía no se había generalizado entre los obreros la concien-
cia de que los órganos jurisdiccionales representaban una ga-
rantía cierta y eficaz frente a los atropellos de unas entida-
des mercantiles sin otro fin que el negocio.

(1) Memoria de la D.G.J., 1963.

Frente a tal sistema, otro dato de la mercantilización era igualmente constatable: frente a la libertad teórica de opción del empresario se levantaba en realidad la barrera práctica de la ligazón de las empresas y su dependencia financiera respecto de las instituciones bancarias y crediticias - en general, igualmente entramadas con las compañías privadas dominantes del mercado de seguros. Pero más grave todavía era el hecho de que aquella libertad tenía además la puerta abierta para que las empresas pudieran igualmente elegir y seleccionar a los sujetos protegidos, lo que en definitiva significa que las empresas privadas con finalidad de lucro, solo seleccionaban a las empresas con actividades de baja siniestralidad y rechazaban automáticamente las de alta siniestralidad. Frente a esa libertad, la Caja Nacional del Seguro de Accidentes de Trabajo, es decir, el único organismo público gestor - del seguro, se encontraba maniatado y obligado a aceptar todas las solicitudes que le fueran presentadas justamente por todas estas empresas rechazadas. Un dato elocuente lo constituye la comparación entre el índice de siniestralidad/recaudación de la Caja Nacional, frente al mismo índice medio de las entidades privadas.

Los datos disponibles (1) son suficientemente elocuentes, pues muestran que en 1960 la siniestralidad de las entidades privadas de seguros constituía el 58,19% de la recaudación, mientras que la Caja Nacional tenía el 77,94% de índice de siniestralidad.

- - - - -

- (1) Los datos se encuentran recogidos en la Memoria del año 1963, editada por la Dirección General de Banca, Bolsa e Inversiones, y comentados por ANTONIO DE GUINDOS VERA, - MARIANO LAZARO FERNANDEZ y JUAN VELARDE FUERTES en un artículo publicado en la R.T., nº 4 (1963) bajo el título de Aspectos estadísticos del seguro de Accidentes de Trabajo en España.

Este hecho implicaba, en definitiva, un sistema de --
socialización de las pérdidas y privatización de ganancias,
que igualmente era inadmisibile desde una perspectiva de Segu
ridad Social no lucrativa.

De la misma fuente anterior se han tomado los índices
de recaudación de las entidades privadas y la Caja Nacional,
único ente público, entre los años 1952 y 1961, que a conti-
nuación se detallan:

RECAUDACION DE PRIMAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO

(en miles de pesetas)

| Años | Entidades privadas | Caja Nacional |
|------|-----------------------|---------------|
| 1952 | 896.423 | 201.180 |
| 1953 | 934.152 | 219.853 |
| 1954 | 1.097.799 | 259.554 |
| 1955 | 1.205.857 | 297.422 |
| 1956 | 1.521.713 | 338.291 |
| 1957 | 2.228.906 | 553.267 |
| 1958 | 2.509.348 | 612.924 |
| 1959 | 2.701.099 | 624.427 |
| 1960 | 2.762.552 | 633.655 |
| 1961 | 2.928.681 | 662.202 |

Dicho cuadro se puede completar con los datos corres--
pondientes a los años 1963 a 1966, que se refieren al periodo

transitorio entre la Ley de Bases de la Seguridad Social y --
su Texto Articulado de 21 de Abril de 1966, que se recogen --
en el siguiente cuadro (1) :

RECAUDACION DE PRIMAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO

(en millones de ptas.)

| Años | Entidades privadas | Caja Nacional |
|------|-----------------------|---------------|
| 1963 | 5.228,9 | 936,0 |
| 1964 | 6.396,8 | 1.291,9 |
| 1965 | 7.417,0 | 1.560,2 |
| 1966 | 9.082,9 | 1.095,9 |

Igualmente, es interesante contrastar la evolución -
del índice de siniestralidad de las Entidades privadas con el
mismo índice de la Caja Nacional del Seguro de Accidentes de
Trabajo. El siguiente cuadro es muy ilustrativo y no necesita
comentarios:

-
- (1) Los datos recogidos en el mismo no proceden, sin embargo,
de la memoria indicada ni del trabajo citado, sino que -
han sido obtenidos de las siguientes fuentes: los de re-
caudación de las entidades se han recogido de la Memoria
de la Dirección General de Seguros, año 1966, para las -
entidades privadas. Los correspondientes a la recauda-
ción de la Caja Nacional de Accidentes de Trabajo, de --
las Memorias anuales correspondientes del Instituto Na-
cional de Previsión.

COMPARACION ENTRE LOS INDICES DE SINIESTRALIDAD DE LAS ENTIDADES PRIVADAS Y LA CAJA NACIONAL (1)

| Años | ENTIDADES PRIVADAS | | | CAJA NACIONAL | | |
|------|--------------------|------------|---------------------------------|---------------|------------|---------------------------------|
| | Recaudación | Siniestros | Siniestros s/ Recaudación | Recaudación | Siniestros | Siniestros s/ Recaudación |
| 1957 | 2.228.906 | 1.097.905 | 49,26 | 553.267 | 406.995 | 73,56 |
| 1958 | 2.509.348 | 1.302.239 | 51,89 | 612.924 | 450.075 | 73,43 |
| 1959 | 2.701.099 | 1.616.524 | 59,85 | 624.427 | 442.958 | 70,93 |
| 1960 | 2.762.552 | 1.607.625 | 58,19 | 633.655 | 493.924 | 77,94 |
| 1961 | 2.928.681 | 1.722.440 | 58,81 | 662.202 | 512.731 | 77,43 |

(1) Los datos han sido elaborados partiendo de las mismas fuentes que en el anterior.

Un dato de gran interés, aunque pueda parecer anecdótico, está representado por las cifras que aparecen en las Memorias de la Dirección General de Seguros relativas al capítulo "Comisiones y Gastos de Producción", y que muestra bien a las claras que no solamente el espíritu sino el sistema era el típico de las compañías mercantiles y, por lo tanto, con sus gastos inherentes, de acuerdo con el cuadro que a continuación se transcribe elaborado en base a los datos referidos:

COMISIONES Y GASTOS DE PRODUCCION

(en millares de pesetas)

| Años | Compañías Españolas | Sociedades Extranjeras | Mutualidades | TOTAL |
|------|---------------------|------------------------|--------------|---------|
| 1955 | 135.527 | 33.288 | 38.917 | 207.732 |
| 1956 | 159.573 | 40.089 | 49.453 | 249.115 |
| 1957 | 231.149 | 58.103 | 67.276 | 356.528 |
| 1958 | 258.542 | 54.119 | 74.535 | 387.196 |
| 1959 | 269.008 | 57.971 | 76.235 | 403.214 |
| 1960 | 273.202 | 60.456 | 79.349 | 413.007 |
| 1961 | 285.761 | 67.196 | 82.817 | 435.774 |
| 1962 | 331.993 | 77.018 | 93.797 | 502.808 |
| 1963 | 473.412 | 117.095 | 150.637 | 741.144 |
| 1964 | 549.065 | 134.463 | 192.421 | 875.949 |

Observese la cuantía, cada vez más elevada, de este capítulo de gastos, que en 1964 representaba ya una cifra de casi ochocientos setenta y seis millones de pesetas. Hay que puntualizar que los datos que se contienen en el capítulo -- "Mutualidades", no son atribuibles a las actuales Mutualidades Laborales, sino a las hoy conocidas como Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo. Destácase, por último, el elevado ritmo de crecimiento de este capítulo de gastos que, en menos de diez años, se vé multiplicado por cuatro.

En conclusión: el Seguro de Accidentes de Trabajo - se encontraba, de hecho, en manos de compañías mercantiles - de seguros, monopolizado, además, por muy pocas de ellas (la casi totalidad del mercado en manos del 10% de las compañías) entidades que actuaban con un sistema típicamente mercantil y con finalidad lucrativa prioritariamente, marginando, en su mayoría, el fin social de la protección de los obreros, - con elevados gastos de administración y producción (gastos - adicionales de comisiones), y en cuyo cuadro general la Caja Nacional del Seguro de Accidentes de Trabajo no tenía otra - función que la de socializar las pérdidas de las empresas -- con exceso de siniestralidad, haciendo más redondo el negocio de las compañías mercantiles, que se veían libres, de -- esta manera, para seleccionar las empresas según el índice - de siniestralidad de las mismas.

C A P I T U L O S E P T I M O

LAS CONTRADICCIONES INTERNAS AL SISTEMA LEGAL

- I.- Los Principios Generales del Sistema y la Articulación legal: Una "contradictio in terminis".
- II.- El concepto legal de Mutua Patronal: el encubrimiento de su verdadera significación.

I.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL SISTEMA Y LA ARTICULACION -
LEGAL : UNA "CONTRADICTIO IN TERMINIS"

La L.B.S.S. representa el punto de inflexión teórico en el sistema de gestión que antes se ha descrito, pues frente al anterior estado de cosas, la Ley sienta dos principios generales:

a/ El principio de conjunta consideración de las -- contingencias protegidas que, conforme a la Exposición de Motivos de la Ley, consiste en: "superando la regresiva noción de riesgos singulares, atendida su causa, delimitar situaciones y contingencias susceptibles de protección, para la consideración conjunta de las mismas, en vista de sus efectos".

Principio que tiene como inmediata consecuencia, desde un punto de vista formal, la injustificación de la existencia de un régimen especial de protección y, en consecuencia, de una organización específica gestora de la misma, para accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, con lo que -- quedaba superado el anterior sistema organizativo, basado justamente en la existencia de una protección específica y com--pletamente separada de la que procedía ante otros riesgos o - contingencias, y de su consecuente organización gestora independiente.

b/ Igualmente importante es el criterio establecido en la Ley de prohibición del ánimo de lucro. Con palabras de la propia Exposición de Motivos: "resulta aconsejable dar un paso que, sin duda, es de trascendencia fundamental": la ---- prohibición terminante de actuar en el terreno de la Seguri-- dad Social obteniendo o buscando un lucro mercantil. La Ley - frente al impacto de la medida y dispuesta a subordinar el interés privado y singular al interés público y común, encomendó

la gestión de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, con la acción rectora y coordinadora de una Entidad General, a las Entidades Mutualistas, para acabar de este modo -- con los criterios discriminatorios en la cobertura de los siniestros, en pugna con el espíritu social inexcusable de este ordenamiento y con el encarecimiento de la gestión misma.

Estos dos principios, por añadidura, se recogen de manera conjunta en el punto 1 de la Base Primera de la citada Ley de Bases, en los siguientes términos literales: "La ordenación de la Seguridad Social quedará articulada sobre una conjunta consideración de las contingencias y situaciones objeto de cobertura, y en ningún caso podrá servir de fundamento a operaciones de lucro mercantil".

La consecuencia inmediata y fulminante habría de consistir, pues, en la eliminación radical de las compañías mercantiles de seguros, puesto que tales entidades chocaban, de manera frontal, con el principio de prohibición del ánimo de lucro. El nº 73 de la Base Decimoséptima de la Ley establece, en efecto, que "la gestión del régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales queda atribuída, en el Régimen General, a las Mutualidades Laborales, dentro del campo de sus respectivas competencias, y en los Regímenes Especiales, a las entidades similares de estructura mutualista" (1)

- - - - -

- (1) En consecuencia con lo anterior, la Disposición Transitoria 6ª de la Ley abrió un período transitorio hasta que se llevara a cabo la completa liquidación de las compañías mercantiles de seguro en cuanto operasen en accidentes de trabajo, cuyo plazo fué incumplido, de modo que la L.S.S. prorrogó dicho plazo hasta el 1 de Mayo de 1966, dentro del cual y por Orden de 27 de Abril de ese año se establecieron las normas mediante las cuales se había de regir el traspaso de los trabajadores incluídos en empresas aseguradoras en la Caja Nacional y en las Compañías de Seguros los cuales quedaban de pleno derecho integrados en las Mutualida-

../..

Pero aquí se puede decir que termina la coherencia - de la Ley de Bases, pues el mismo nº 73 incluía una declaración estableciendo que "esta gestión (es decir, la pública - correspondiente a las Mutualidades Laborales) será compati-- ble con la atribuida a las Mutuas Patronales, en las condiciones que reglamentariamente se determinen".

Esta última declaración no estaba incluida en el Proyecto enviado por el Gobierno a las Cortes, y fué incluida - a consecuencia de los debates habidos en el seno de aquella como única fórmula para conciliar puntos de vista contrapuestos y dar satisfacción a determinados intereses.

Quiere ello decir que la admisión de tales Mutuas Patronales no respondía ni era la consecuencia de un esquema lógico dentro de la gestión. Al contrario, viene a romper dicho esquema, no tanto por la prohibición del ánimo de lucro, respecto del cual más tarde había de quedar abierto un camino más que discutible a través de la admisión del destino -- privado de una parte de los excedentes, sino respecto de la tendencia publicadora que, en el sistema de gestión trata-

- - - - -

../..

des Laborales correspondientes a la actividad de las empresas durante los meses de Mayo y Junio, y con derecho de -- opción a partir del 1 de Julio entre dichas Mutualidades o una Mutua Patronal, de acuerdo con el art. 20⁴ de la L.G. de Seguridad Social. El Decreto de 12-V-66 establecio, por último, las normas para la liquidación de las primas del - seguro de accidentes de trabajo por las compañías de seguro mediante el nombramiento de liquidadores que determinaron la extinción de deudas y créditos con la Seguridad Social. Terminaba así un capítulo de la historia de los seguros privados, cuyos efectos para las compañías hubieran sido espectaculares de no haberse establecido correlativamente su nuevo "muelle de seguridad" el seguro obligatorio -- del Automóvil.

ba de introducir la Ley de Bases, e, incluso, con los principios técnicos inherentes al sistema. Así, el Mutualismo Patronal tuvo su justificación en el momento en que la protección de los accidentes de trabajo descansaba sobre el principio de la responsabilidad empresarial objetiva, y en virtud de la cual los asegurados eran los empresarios y no los trabajadores, puesto que aquél era el responsable, en cualquier caso del accidente, y no hacia otra cosa sino traspasar, mediante el contrato del seguro, su responsabilidad a la de un tercero. Pero carece de sentido mantener un sistema en el -- que justamente ha desaparecido el supuesto de la responsabilidad empresarial objetiva, y se ha sustituido por un principio más general en el que la garantía de la Seguridad Social y la responsabilidad por la sobrevenencia de una contingencia o accidente, corresponde al Estado y no al empresario (1). En tal sistema, el asegurado es el trabajador y su familia, y no el empresario, con lo que la continuación de una fórmula como la representada por las Mutuas Patronales no viene sino a introducir un cuerpo extraño, aunque teóricamente a título de colaboración, en el seno mismo de una gestión publicitada en la que el responsable es el Estado o los organismos autónomos creados por él, para asumir tal responsabilidad.

A tal principio de la responsabilidad estatal sustitutiva de la responsabilidad empresarial no es obstáculo el mantenimiento de determinadas responsabilidades del empresario -- frente al Estado, en el supuesto de incumplimiento de sus --- obligaciones de afiliación, altas, bajas, cotización, etc, al producirse la contingencia de que se trate. Pues en tales su-

(1) Vid. sobre el tema más ampliamente, J. VIDA SORIA: Régimen Jurídico de la protección de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, cit.

puestos y como se ha hecho observar por la doctrina se trata de una responsabilidad distinta a la responsabilidad objetiva que correspondía al empresario en el anterior sistema de protección del accidente de trabajo; es decir, de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de la Seguridad Social que, en definitiva, se traduce en el ejercicio de la potestad sancionatoria que corresponde a la Administración, en relación no solo con esa clase de incumplimiento, -- sino con cualquiera de las infracciones tipificadas en la Ley y en el Texto que establece su régimen genérico que es -- el Reglamento General de Faltas y Sanciones de 1970.

Por otra parte, resulta una situación extraña e incompreensible, en la cual quienes están obligados a financiar en su casi totalidad el sistema de protección, no establecido -- en su beneficio, sino a favor de terceros, son convertidos -- en gestores del sistema. Cualquiera que no sea objeto de un ataque de enajenación mental comprenderá que quienes tengan en su mano la posibilidad de reducir los costes, aunque sea a costa de restar protección a quién legalmente le está atribuída por la Ley (y gracias a los márgenes de apreciación -- que, de hecho, se les atribuye en el ejercicio de tal protección) no dejarán de hacer lo posible para que esos costes -- sean inferiores. El sistema de gestión de las Mutuas Patronales es, pues, incompatible con el principio mismo en que se inspira la Ley de Bases de la Seguridad Social. Es un sistema únicamente posible desde la perspectiva, a que antes nos hemos referido, de transacción entre los intereses encontrados en el seno de las Cortes, y en una discusión legislativa y hasta pública que trascendió a la Prensa en términos como muy pocas leyes habían trascendido hasta entonces.

La otra gran contradicción en los textos legales no --

se debe a la L.B.S.S., sino a la L.S.S. de 1966, la cual, se ñaló por una parte que las Mutuas "no podrán dar lugar a la percepción de beneficios económicos de ninguna clase a favor de los asociados", lo que era una consecuencia del principio de la prohibición del lucro contenido en la L.B.S.S. pero --añadiendo inmediatamente que "en ningún caso se consideraran como beneficios los extornos que procedan, de acuerdo con lo previsto en el art, 207", lo que evidentemente constituye --una contradicción con aquél principio que venía así a quedar reducido a una prohibición del lucro, pero menos. Sorprende que la Ley utilice incluso un lenguaje semejante al de orde--nar que no se consideren como beneficios lo que, cualquiera que sea el punto de vista que se adopte, no puede ser entendido sino como tal.

Ya se ha dicho más arriba que el Texto Refundido ha alterado el sistema deslegalizando la materia, pero que, en el nivel reglamentario subsiste todavía la posibilidad del - extorno.

Añadamos algo que, aunque fuera de las consideracio--nes en torno a las contradicciones jurídicas a que reducimos este capítulo, puede ser conveniente para despejar el terreno de alguna perplejidad, pues es posible que alguno piense que si las Mutuas generan excedentes es porque su gestión es excelente, mejor que la de los entes públicos, y en este caso no se puede criticar a los empresarios que se repartan como ex--tornos lo que es fruto del ahorro de una gestión eficaz. Más adelante vamos a demostrar que la realidad no es esa, sino --muy distinta, que los excedentes no se generan por virtud de un mecanismo gestor que suponga un ahorro cierto, sino en función de unas tarifas de primas por encima de las necesidades de cobertura de la contingencia, y en virtud de una disminu--ción de la protección de los sujetos protegidos por la Segu--ridad Social.

El tema no es, pués, un tema teórico, o al menos no -- lo es solamente, sino que pone en cuestión los principios básicos del sistema (como ya se ha visto) pero también su propia finalidad, que es la de otorgar la máxima protección posible que dispensen las posibilidades financieras.

Por otra parte el extorno constituye una contradic---ción legal, y solo una contradicción legal, pero fruto de él, los mecanismos posibles en virtud de los cuales el Patrimonio de la Seguridad Social puede ser desviado hacia otros fines --o hacia otros patrimonios-- permanecen indemnes, como en los mejores tiempos de las compañías mercantiles, aquellos en que la gestión del seguro de accidentes de trabajo era el basamento del sector financiero de seguros, lo que no es equiparable con la situación actual, pués en aquel caso, cuando menos, es taban dentro de la legalidad. Pero se trata de mecanismos que estudiamos con posterioridad.

II.- EL CONCEPTO LEGAL DE MUTUA PATRONAL : EL ENCUBRIMIENTO DE SU VERDADERA SIGNIFICACION.-

En el capítulo IV, al tratar de la naturaleza jurídica de las Mutuas Patronales dejamos fuera del análisis la calificación de la persona jurídica fuera de la clasificación de la misma en el cuadro previo de ente público o privado.

Es ahora, sin embargo, cuando conviene realizar esta calificación adicional porque muestra también a las claras -- que no solo se ha querido forzar el esquema legal sino que, -- en lugar de reconocer pura y simplemente la realidad de tal -- forzamiento, en ocasiones se introducen fórmulas encubridoras del mismo.

En este caso el encubrimiento se realiza mediante la calificación que contienen la L.G.S.S. (art. 202) y el Reglamento, que configura a las Mutuas como asociaciones.

Ahora bien, ¿son realmente asociaciones las Mutuas Patronales?. Si se parte del sentido ambiguo de nuestro Código Civil que distingue entre las asociaciones de interés público y las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales (art. 35) es posible que la expresión -- sea admisible, pero si se parte de la posterior configuración doctrinal de tales personas que reserva a las asociaciones de interés público el título de "asociaciones propiamente dichas" (1), se comprenderá la dificultad de una configuración semejante.

Es más, se llegará a la conclusión de que las Mutuas -

- - - - -

(1) vid. GARRIDO FALLA, F. Tratado, vol. I cit. pág. 369

no deben ser configuradas como asociaciones sino como sociedades, pues como señala LUCAS FERNANDEZ "la doctrina, por regla general, pone el acento de la noción de asociados en la falta de ánimo de lucro en la misma. Las sociedades persiguen un fin lucrativo, y por el contrario las asociaciones un fin altruista" (1).

El problema doctrinal ha sido desplazado por algunos a investigar la noción de lucro, de modo que estaríamos ante una "sociedad" cuando existieran los elementos exigidos para calificar como lucrativa su actividad, y ante una asociación en los demás casos (2) pero ésta no es la posición de la mayoría de la doctrina, que busca la diferencia fundamental entre asociación y sociedad en el "distinto fin práctico perseguido por el negocio jurídico creador de la respectiva persona jurídica, es decir, en la causa del negocio.... Cuando se crea una asociación se persigue conseguir a través de ella un fin cultural, religioso, político, deportivo o recreativo. Cuando se crea una sociedad lo que se pretende conseguir por medio de -

-
- (1) LUCAS FERNANDEZ, F.: Nacimiento jurídico de la Cooperativa en "Tribuna Cooperativa", nº 14 (1973) pág. 9. El subrayado es nuestro.
 - (2) Esta viene a ser la tesis de CASTAN que entiende que, en el terreno del Derecho constituido "lucro" es sinónimo de "ganancia", y ésta es el provecho pecuniario que produce un aumento en la fortuna de los socios. Todas aquellas --ventajas de las que no resulta un enriquecimiento directo, aunque supongan reducción de gastos, garantía contra pérdidas eventuales, realización de economías, adquisición de objetos en condiciones más ventajosas, son propias de --- otras entidades o agrupaciones, pero no de las sociedades en sentido propio que regula la ley civil o mercantil. Pero la postura de CASTAN es minoritaria: DE BUEN, mantiene en contra, que "puede haber sociedades sin repartición de beneficios" (Enciclopedia Jurídica Española, Tomo XXVIII, pág. 863) y según GARRIGUES no es preciso que el lucro obtenido lo sea a costa de terceros (Curso de Derecho Mercantil. Tomo I, 7ª ed. Madrid, 1976, pág. 395).

ésta es un fin de lucro o ganancia a repartir entre -- los socios obtenido el dinero o ganancia por medio del -- ente surgido del negocio o de la organización creada al efec-- to" (1).

Si se parte de esta caracterización no es de extrañar que la doctrina califique como sociedades a las cooperati---vas (2), dato revelador si se piensa que tal doctrina califi---ca igualmente a las "Mutualidades" (es decir, a lo que noso---tros llamamos Mutuas) como especie del género de las coope---rativas (3).

Se parta o no de una integración de las Mutuas dentro del género cooperativa la conclusión a que se llega es la mis---ma. Téngase en cuenta, para empezar, que la Mutua Patronal de Accidente de Trabajo pertenece al género de las Mutuas de Se---guros cuya regulación general se encuentra en la legislación de seguros privados. El hecho de que las Mutuas de Accidentes de Trabajo no estén sometidas a dicha legislación no significa que hayan perdido sus rasgos estructurales, pues la razón fun---damental de su exclusión obedeció en primer término al deseo del Ministerio de Trabajo de someter a una parte de esas enti---dades, en cuanto participantes en un seguro social, a su con---trol, desgajandolas del ejercicio sobre el resto de los entes privados de seguros por el Ministerio de Hacienda.

Esos rasgos estructurales son bien conocidos, y no -- creemos necesario insistir sobre ellos: Por su estructura glo---bal la Mutua no difiere de las Compañías mercantiles de segu---ros, pero a diferencia de ellas el asegurado es al mismo tiem---

(1) LUCAS FERNANDEZ, F., ob. cit. pág. 10

(2) Así GIRON TENA, J. en Derecho de sociedades. Tomo I. Ma---drid, 1975 y GARRIGUES, J. Curso de Derecho Mercantil, cit. pág. 394; y MANARA en Della societa e delle associazioni commerciali. vol. I. Turin, 1902, pág. 226.

(3) J. GIRON TENA, ob. cit. "hoy es comunmente aceptado que -- las Mutualidades son sociedades en sentido amplio, pertene---cientes al género de cooperativas" (pág. 242)

po, el asegurador, El propósito de los empresarios asociados es, naturalmente, el de cubrirse contra determinados riesgos, pero además, el aseguramiento en la Mutua permite el ahorro - de una parte del coste, el que se deriva de la supresión del intermediario, función típica de la empresa mercantil de seguros. Ahora bien, esos rasgos estructurales son bastantes para configurar a las Mutuas como sociedades ya que no difieren -- sustancialmente de los que sirven para configurar a las coope^{rativas}, doctrinalmente configuradas como las sociedades.

El legislador admitió a colaborar en la gestión de los accidentes de trabajo no a una asociación con fines altruistas de interés público, sino a una "sociedad" con fines egoistas y lucrativos, cuya conexión con el interés general es --- siempre difícil, porque el privado tiende normalmente a la satisfacción de sus propios intereses.

El drama de esta incardinación de las Mutuas Patronales en el esquema gestor de la Seguridad Social resulta así - evidente: mientras que el seguro de accidentes de trabajo era uno más -el fundamental durante mucho tiempo- en el mercado de los seguros, y coexistían con las Mutuas las compañías mercantiles, la justificación de las primeras no solo estaba fuera de discusión -puesto que permitían obtener el ahorro consiguiente a la eliminación del empresario- sino que redundaba en favor del interés público, al entrar en competencia con entes cuya única meta era el lucro. Pero al desaparecer las - entidades mercantiles del ámbito autorizado legalmente de la gestión de la Seguridad Social ha desaparecido el lucro del intermediario cuya institución es la justificación de las Mutuas. El ahorro de su lucro ya es inexistente, y entonces solo cabría el recurso de una gestión afinadísima frente a los entes públicos gestores, que careciendo de lucro cayeran en un supues

to derroche de gastos de administración. Pero este supuesto - no es real, como demostraremos después, sino el contrario.

Desvelada así la verdadera naturaleza de las Mutuas, no puede sorprender que el legislador, realista, respetara la esencia de su estructura de sociedad manteniendo la vía del - antiguo beneficio del extorno, lo que si sorprende es que, al mismo tiempo, pudiera soñar en transformar esa sociedad en -- una asociación de interés público.

C A P I T U L O O C T A V O

LOS INGRESOS DE LAS MUTUAS PATRONALES : LA SITUACION REAL DEL PRINCIPIO LEGAL QUE CONSIDERA A AQUELLOS COMO INTE--- GRANTES DEL PATRIMONIO UNICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

- I.- Los ingresos de las Mutuas Patronales están establecidos de forma que permiten ganancias.
- II.- Concentración del mercado.
- III.- Predominio de los entes privados frente a los públicos.
- IV.- El patrimonio adscrito a las Mutuas Patronales no se ha utilizado, en general, como un Patrimonio integrante -- del único de la Seguridad Social.
- V.- Cuantificación de excedentes.
- VI.- Inexistencia de un control que garantice la adecuada utilización del patrimonio.

I.- LOS INGRESOS DE LAS MUTUAS PATRONALES ESTAN ESTABLECIDOS DE FORMA QUE PERMITEN GANANCIAS.

No entramos ahora en el tema de la naturaleza jurídica de las primas sino en los datos que permiten aseverar que están, y han estado, establecidas de forma que han permitido evidentes superavits de gestión, cuyo destino final en forma de extornos o para otros fines no permitidos, se desconoce. Estos datos, resumidamente, son:

a) En primer lugar, el sistema de ingresos según tarifas de primas, calculado en función de los riesgos, establecido en el aludido Decreto 2343/1967, no respondía a la situación actual, que en los últimos años ha visto alteradas las causas de siniestralidad de manera notable (piénsese, sobre todo, en el aumento de los accidentes "in itinere", la mayor parte de los cuales, gracias a una jurisprudencia generalizada, vienen disfrutando de la calificación de accidentes de --trabajo). Pero aún más importante es la incongruencia de un sistema de recaudación que, en vez de basarse en la capacidad contributiva de las empresas, se basa en el grado de siniestralidad de las actividades realizadas en la misma, sistema que no es más que la conservación de uno, que pudo ser válido tratándose de un seguro privado, pero que es insostenible desde la óptica de un sistema de Seguridad Social.

b) Con ser grave lo anterior, lo más grave es que durante diez años, desde 1967 a 1976, se han conservado unas tarifas de primas, respecto de las cuales ya se había advertido en 1963 que estaban muy por encima de las necesidades reales de la cobertura de la contingencia protegida (tanto económica como sanitariamente) y de los gastos normales de la administración de la entidad.

La prueba de que los ingresos de las Mutuas Patronales (derivados de un sistema que solamente puede tener senti-

do cuando operaban en él entidades mercantiles con fin de lucro y a las que por lo mismo no se podía negar la ventaja económica que permitiera unos ingresos por encima de las necesidades y servicios a prestar) han estado por encima de las necesidades reales de la cobertura de la contingencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se obtiene de los siguientes hechos:

a) En primer lugar, muy recientemente se han dictado disposiciones mediante las cuales se reducen, en proporciones apreciables, las tarifas de primas de estas entidades (un 10% al menos), al tiempo que se elevaba la cuota del Reaseguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales a un 30%.

Lo que quiere decir, que si estas entidades pueden subsistir con una reducción de las tarifas de primas de un 10%, es que han estado obteniendo ingresos por encima de sus necesidades, cuando menos en ese 10%.

b) Las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo -- han podido cubrir, además de realizar la cobertura de las prestaciones económicas y sanitarias y de sus propios gastos de gestión, las reservas reglamentariamente establecidas en el Reglamento de Mutuas Patronales de 1967. Y aún más, cubiertas estas reservas y pagadas las prestaciones han obtenido excedentes en cuantías muy elevadas.

En efecto, la suma de los excedentes de las Mutuas Patronales y Mutualidades Laborales asciende en su 80%, al 31 de Diciembre de 1975, a 24.298.500.000.- Ptas.; contenidos en los siguientes capítulos:

(en millones de Pts.)

- Ingresado en el Banco de España 8.299,8.-

| | |
|--------------------------------------------------|----------|
| - Pendiente de ingreso según balance | |
| al 31.XII.1975 | 10.473,0 |
| - Materializado en centros autorizados | 5.525,7 |

c) De las cuentas de gastos de las Mutuas Patronales se deduce, igualmente, el nivel de los excedentes que han podido ser dedicados a extornos o a otros fines, según acuerdo de la Junta General de cada Mutua, y que han sido los siguientes (1):

(en millones de pesetas)

| | |
|----------------|-------|
| 1967 | 138,5 |
| 1968 | 508,8 |
| 1969 | 360,8 |
| 1970 | 338,4 |
| 1971 | 236,7 |
| 1972 | 290,5 |
| 1973 | 238,7 |
| 1974 | 161,7 |
| 1975 | 535,6 |

d) Por el contrario, no han podido detectarse mayores ingresos para las Mutuas Patronales en función del menor índice de siniestralidad producido, puesto que, a diferencia de lo que ya se ha constatado anteriormente en relación con la situación comparativa entre la Caja Nacional del Seguro de Accidentes de Trabajo y las entidades privadas, en la que el mayor índice de siniestralidad se producía en la Caja Nacional,

(1) Datos proporcionados por la entonces Dirección General de Gestión, Economía y Financiación de la Seguridad Social.

con una diferencia muy elevada respecto de las entidades privadas, el análisis de las cuentas de gestión de las Mutuas Patronales y de las Mutualidades Laborales ofrecen resultados - en completa contradicción con los anteriores a la situación - previa a la Ley de Bases.

En efecto, tomándo como índice de siniestralidad la relación prestación/recaudación, resulta de los datos utilizados que dicho índice era del 41,6% en 1968 para las Mutualidades Laborales, pasando al 50% en 1975, mientras que para las Mutuas Patronales eran del 50% en 1968, y un 53%, en 1975, lo que supone índices de siniestralidad superiores, en un 8,4% - y un 3% respectivamente, para las Mutuas Patronales frente a las Mutualidades Laborales.

Tal resultado es absolutamente sorprendente por cuanto las Mutuas Patronales acumularon prácticamente la totalidad de la cobertura de las compañías privadas de seguros, con lo cual no cabe ninguna explicación de como, manteniendo la - misma distribución del mercado entre las entidades públicas y privadas, pudo alterarse tan repentinamente los índices de siniestralidad entre las entidades públicas y privadas. Y en la gestión de un servicio público no hay que creer en los milagros, sino en irregularidades contables....

II.- CONCENTRACION DEL MERCADO.

Un dato igualmente importante es el grado de concentración de los ingresos dentro de las Mutuas Patronales de -- Accidentes de Trabajo. Un sólo dato es más que suficiente para dar idea del alto grado de concentración, si se tiene en cuenta que cinco Mutuas Patronales (Mutua Metalúrgica; Mutua General de Seguros; Mapfre; Asepeyo y la Fraternidad) totalizan más del 37% del total de las Mutuas Patronales que, con fecha 28 de Febrero de 1975, eran 188.

A continuación se incluye un cuadro representativo - del volumen de ingresos de las cinco grandes Mutuas Patronales, desde 1966 a 1975:

MUTUAS PATRONALES DE MAYOR TAMAÑO POR SU VOLUMEN DE INGRESOS DESDE 1966 A 1975 (1)

| | | VOLUMEN DE INGRESOS (en millones de pesetas) | | | | | | | | | |
|-----------------|--|----------------------------------------------|-------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|
| | | 1966 | 1967 | 1968 | 1969 | 1970 | 1971 | 1972(2) | 1973 | 1974 | 1975 |
| . Metalúrgica | | 368,1 | 362,8 | 471,8 | 517,7 | 613,4 | 712,3 | 667,8 | 879,8 | 1.118,2 | 1.447,1 |
| . Gral. Seguros | | 980,6 | 935,8 | 876,8 | 924,4 | 1.622,4 | 1.803,5 | 1.340,5 | 1.612,4 | 1.984,3 | 2.601,1 |
| sepeyo | | 751,8 | 926,7 | 1.486,9 | 1.677,3 | 1.852,2 | 2.206,5 | 1.786,7 | 2.181,1 | 2.760,1 | 3.604,1 |
| apfre | | 273,4 | 423,5 | 565,1 | 709,7 | 942,6 | 1.154,3 | 1.081,2 | 1.444,1 | 1.801,- | 2.445,1 |
| a Fraternidad | | 251,6 | 496,6 | 541,2 | 543,2 | 584,5 | 670,9 | 617,5 | 645,- | 888,6 | 1.169,1 |

(1) Los datos que figuran en el cuadro que antecede se han obtenido de las Cuentas facilitadas por las Entidades y comprende:

a) Cuotas (ILT más IPM líquidas)

b) Recursos transferidos

c) Recursos Patrimoniales y diversos.

(2) El descenso que aparece en 1972, obedece al cambio de formato para rendir Cuentas.

Tal distribución de los ingresos entre las Mutuas Patronales, obliga a pensar en la inadmisibilidad del argumento que quiere ver en estas entidades grupos espontáneos de empresarios dispuestos a colaborar en la gestión de la Seguridad Social mediante pequeñas agrupaciones de los mismos. El panorama que ofrece la concentración del mercado de accidentes de trabajo es justamente el contrario. Y frente a ello no se puede encontrar, además, una solución alternativa que vuelva a aquella utópica de las asociaciones espontáneas y reducidas. Por el contrario, el adecuado funcionamiento de las entidades privadas insertas en el sistema está más garantizado en agrupaciones con colectivos numerosos que gozan, por tanto, de cierta estabilidad financiera, mediante la redistribución de los colectivos y actividades económicas, que en agrupaciones reducidas sujetas a los avatares personales de sus miembros.

La situación queda así mejor reflejada como la que corresponde a la verdadera naturaleza de las Mutuas dominantes del mercado, dada la escasa relevancia de las restantes.

III.- PREDOMINIO DE LOS ENTES PRIVADOS FRENTE A LOS PUBLICOS.

Por otra parte, la distribución de la recaudación de las primas entre las Mutualidades Laborales y las Mutuas Patronales por el concepto de accidentes de trabajo, ofrece un indudable interés si se tiene en cuenta que representa la importancia que en la gestión de este sector de la Seguridad Social tienen el sector público y el sector privado.

Ya es sabido que uno de los objetivos de la Ley de Bases, con la exclusión de las compañías mercantiles de seguros privados, había sido la de publicar la gestión de esta parte de la Seguridad Social, lo que se esperaba alcanzar a través del Mutualismo Laboral.

En el estudio a que nos hemos referido anteriormente de Velarde, se contiene, justamente, la esperanza de que el Mutualismo Laboral resultaría con una mayor fuerza, que la su primida Caja Nacional del Seguro de Accidentes de Trabajo, para hacer frente a las entidades privadas, y por lo tanto se esperaba una distribución distinta en el reparto de los ingresos de uno y otras.

Hoy estamos en condiciones de saber que no ha sido así, puesto que la importancia relativa del sector público -- frente al grupo de entidades privadas, se mantiene aproximadamente con las mismas dimensiones.

En efecto, el cuadro que sigue, ilustra con suficiente claridad cual es la situación respectiva de las Mutualidades Laborales y de las Mutuas Patronales:

Evolución, desde 1967, de los ingresos totales por primas de Accidentes de Trabajo, con separación de Mutualidades Laborales y Mutuas Patronales.

- en millones de pesetas -

| | 1.967 | 1.968 | 1.969 | 1.970 | 1.971 | 1.972 | 1.973 | 1.974 | 1.975 |
|-------------------|---------|---------|---------|----------|----------|----------|----------|----------|----------|
| MM.LL | 3.360,2 | 3.411,3 | 4.020,- | 4.647,5 | 5.566,2 | 7.052,5 | 9.107,7 | 11.616,4 | 14.823,- |
| MUTUAS PATRONALES | 9.371,7 | 8.963,1 | 9.904,- | 11.285,7 | 13.084,- | 15.793,1 | 19.249,5 | 24.494,6 | 29.848,- |

OBSERVACIONES.- Los datos que figuran en el cuadro que antecede se han obtenido de las Cuentas facilitadas por las Entidades citadas.

En las primas se incluyen las cuotas de ILT más las de IPM líquidas.

En efecto, para el año 1975, la cifra de 14.823 millones, frente a 29.848 millones, respectivamente, para las Mutualidades Laborales y las Mutuas Patronales, lo que representa un porcentaje de participación relativa de un 33% y un 67% respectivamente.

En la situación anterior a la Ley de Bases y con datos de 1963, la distribución entre el sector público (Caja Nacional de Accidentes de Trabajo) y las del sector privado --- (compañías mercantiles más Mutuas) era de un 31% y un 69% respectivamente, si entre las primas recuadadas por la Caja Nacional se incluye, junto a los conceptos de incapacidad permanente y muerte y supervivencia más incapacidad transitoria, - las cantidades percibidas por el seguro de renta, y de un 15% y un 85% si se excluye de dichas cantidades las correspondientes al seguro de renta.

En conclusión, la distribución de los ingresos prácticamente no ha experimentado una variación notoria continuando los mayores ingresos en el sector privado sobre el sector público.

IV.- EL PATRIMONIO ADSCRITO A LAS MUTUAS PATRONALES NO SE HA UTILIZADO EN GENERAL, COMO UN PATRIMONIO INTEGRANTE DEL UNICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

En el capítulo IV hemos examinado la transcendencia del artículo 17 de la Ley 24/72 sobre el Texto Refundido y sobre el Reglamento de Mutuas Patronales, llegando a la conclusión del carácter declarativo del precepto y de la aplicabilidad al patrimonio adscrito a las Mutuas de las reglas aplicables al mismo cuando se halla adscrito a las entidades gestoras públicas.

¿Cual es la situación del cumplimiento de los preceptos en la realidad?. Para empezar, debemos consignar que no se ha hecho uso por el Ministerio todavía de la facultad de transferir el patrimonio de una Mutua Patronal a otra o a un ente gestor, que se deduce de los artículos 49 y 51 de la --- L.G.S.S.

Por otra parte hay un índice importante de la reacción de las Mutuas ante la incorporación en el T.R. de preceptos - que dejan claro que con las primas no estan adquiriendo un patrimonio "propio", y que el acumulado es, por lo tanto de la Seguridad Social. Por lo pronto, en los últimos meses dos de las más importantes Mutuas por su volumen de ingresos (Asepeyo y Mapfre) se han aprestado a constituir sendas fundaciones benéfica y benéfico docentes, que quedan bajo la tutela de los Ministerios de Gobernación y Educación y Ciencia.

La creación de tales personas jurídicas, conlleva al mismo tiempo la dotación a las mismas con un capital inicial en este caso elevadísimo pues supone miles de millones de pesetas, que es, además, ampliable en el futuro. Aunque con una teórica finalidad pública o social, que permite su calificación como entidad benéfica, debe tenerse en cuenta que tal finalidad está excluída de los fines que persigue la Seguridad Social, y constituye, por lo tanto, una violación del princi-

pio establecido en la Ley, según el cual el patrimonio que -- administran está adscrito al fin único de la Seguridad Social. Por otra parte, no es sorprendente el hecho de que tales fundaciones hayan sido creadas por las Mutuas Patronales justamente cuando se ha hecho expreso el precepto que declara que sus bienes se integran en el patrimonio único de la Seguridad Social.

Debiera, pues, hacerse expresa la prohibición a las - Mutuas Patronales de constituir personas jurídicas sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo, que contraría, por lo demás, el principio de especialidad a que estén sujetas, ya -- que, de lo contrario, nos encontramos con actos de disposición de las mismas mediante las cuales se enajena su patrimonio a - un tercero: esto es lo que ocurre, efectivamente, con la constitución de las fundaciones, a que acabamos de referirnos.

Uno de los problemas a que dá lugar la declaración -- de que los bienes de las Mutuas se integran en el patrimonio - único de la Seguridad Social es, precisamente, la inexistencia de un medio suficiente para conocer con exactitud los bienes - y derechos que integran el citado patrimonio, ya que el Ministerio carece de un registro que permita el conocimiento adecuado y puesto al día de los bienes patrimoniales de las Mutuas. Por otra parte, el patrimonio de las Mutuas no se ha comportado, en líneas generales, como integrante del patrimonio único de la Seguridad Social. En efecto, en el caso de disolución de las entidades que se han producido hasta el momento, sus bienes no se han reintegrado al patrimonio de la Seguridad Social, sino que han sido destinados a los fines expresamente dispuestos en sus estatutos.

Sin embargo, ha existido cierto avance en este sentido al disponer el Ministerio la adscripción de ingresos de las Mutuas Patronales a la financiación de Servicios comunes de la Seguridad Social.

Pero se trata de un avance incompleto, como lo demuestra el hecho de que las aportaciones de las Mutuas Patronales son inferiores a las aportaciones de las Mutualidades Laborales como lo demuestra el siguiente cuadro.

APORTACIONES DE LAS MUTUALIDADES LABORALES Y MUTUAS PATRONALES A LOS SERVICIOS COMUNES

(en millones de pesetas)

| | 1967 | 1968 | 1969 | 1970 | 1971 | 1972 | 1973 | 1974 | 1975 |
|--------|-------|-------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|
| MM.LL. | 104,7 | 175,6 | 671,7 | 693,2 | 879,6 | 1.119,1 | 1.498,1 | 2.043,7 | 2.772,3 |
| MM.PP. | 286,3 | 579,2 | 1.744,3 | 1.880,1 | 2.396,3 | 2.867,9 | 3.613,2 | 4.521,0 | 5.972,0 |

V.- CUANTIFICACION DE EXCEDENTES.

Desafortunadamente desconocemos el destino real de los excedentes de las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo, ya sean destinados a extornos, ya a constituir asociaciones "benéficas", ya a otros fines en los cuales el interés público sea menos confesable. Pero si sabemos por el contrario las cifras "declaradas" de los mismos (que en cuanto al "mínimo" declarado deben ser indudablemente ciertas, y sabemos igualmente los excedentes obtenidos por las Mutualidades Laborales y, en este caso sí, su destino: puesto que está regulado que deben otorgarse prestaciones de asistencia social con esos fondos.

Con esos datos presentamos el cuadro adjunto que revela la evolución de las cifras de excedentes en cuanto al -- 20% que puede ser dedicado a extornos y otros fines (el resto es indisponible, en teoría). Las cifras hablan en este caso -- por si solas y no necesitan comentarios adicionales.

20% DE LOS EXCEDENTES

EVOLUCION DE 1966 A 1975

(Datos obtenidos de las cuentas de gestión de las Mutualidades Laborales y Mutuas Patronales).

- en millones de pesetas -

| | 1.966 | 1.967 | 1.968 | 1.969 | 1.970 | 1.971 | 1.972 | 1.973 | 1.974 | 1.975 |
|---------|---------|---------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| MM. LL. | 1.247,1 | 2.124,7 | 842,8 | 215,8 | 260,8 | 231,9 | 206,1 | 133,7 | 197,1 | 421,3 |
| MM. PP. | 1.134,4 | 138,5 | 508,8 | 360,8 | 338,4 | 236,7 | 290,5 | 238,7 | 161,7 | 535,6 |

VI.- INEXISTENCIA DE UN CONTROL QUE GARANTICE LA ADECUADA UTILIZACION DEL PATRIMONIO.

En realidad no es este ningún descubrimiento sino algo inherente al conjunto de contradicciones del sistema legal, por lo que no puede sorprender que aquí nos encontremos con una más.

En efecto, no basta con declarar que el patrimonio de las Mutuas es público o integrante del Patrimonio de la Seguridad Social. Si se quiere garantizar que tal patrimonio se utilice exclusivamente en beneficio de la Seguridad Social y no a favor de otros o de bolsillos privados es necesario igualmente instrumentar un régimen jurídico especial que garantice tal utilización, y ese régimen no es otro que un régimen de Derecho Público, incluyendo los controles consiguientes.

Sin embargo, las Mutuas Patronales han mantenido su absoluta libertad de acción en régimen contractual en cuanto a la contratación y en cuanto a las inversiones. De ahí se sigue una primera brecha que impide saber a donde va a parar su patrimonio. Supuesto que no es preciso seleccionar al contratista en virtud de subasta o de concurso, ¿quién garantiza que el seleccionado es el más barato, o el mejor?. Y sobre todo - ¿quién garantiza que no es este un medio de traspasar fondos de la Mutua Patronal a otras personas físicas o jurídicas?. Y naturalmente ¿quién garantiza que la libertad de inversión de las Mutuas no permite que estas actúen como filiales de determinados sectores financieros?.

Por otra parte, las Mutuas están obligadas a redactar sus Cuentas y Balances anuales y a presentarlas al Ministerio de Trabajo para su aprobación. Pero aquí se termina el simulacro del control, pues el Ministerio no puede materialmente controlar a 200 entidades que utilizan (en virtud de su autonomía estatutaria) procedimientos de contabilidad distintos y heterogéneos.

Por otra parte, y aunque el Ministerio pudiera realizar un adecuado control de los hechos contables, no dejaría de ser un control puramente formal, puesto que aquellos no -- tienen porqué reflejar necesariamente la realidad, y es dudoso que lo reflejen si los actos de cuya traducción contable -- se trata no han sido intervenidos previamente, y eso es, justamente, lo que sucede con las Mutuas Patronales, pues aunque el Decreto 2122/1971, de 23 de Julio asigna a la Inspección -- de Trabajo, entre otras funciones, la de "intervención" de -- las Mutuas, poseemos datos reales que nos permiten asegurar -- que tal control no se ha llevado a cabo, primero porque el -- Ministerio no ha dictado las normas para el ejercicio de la -- actuación de los Inspectores y segundo, porque en las Memorias de la Inspección de Trabajo no se recoge en los últimos años ninguna actividad inspectora sobre las Mutuas.

C A P I T U L O N O V E N O

EL TOPICO DE UNA GESTION BARATA

- I.- Los gastos de administración de las Mutuas Patronales superan los correlativos de los entes gestores.
- II.- El régimen económico-financiero de los entes privados exige la elevación de las cuotas por encima de lo que sería preciso tratándose de entes - públicos.

I.- LOS "GASTOS DE ADMINISTRACION DE LAS MUTUAS PATRONALES
SUPERAN LOS CORRELATIVOS DE LOS ENTES GESTORES.

En la reglamentación anterior de las Mutuas Patronales de 1967, se establecía (art. 23) que las cuentas de los gastos de administración, en cada ejercicio, estaría limitada al porcentaje máximo de sus ingresos totales, de acuerdo con las escalas que al efecto se fijaran por el Ministerio de Trabajo, en las disposiciones de aplicación y desarrollo del citado Reglamento. Tales porcentajes no podrían ser inferiores al 5% ni superiores al 20%, según la escala establecida, para cuya determinación habría de tenerse en cuenta, en todo caso, el ámbito territorial y funcional de la Mutua y la importancia de sus ingresos anuales.

La Orden de 28 de Diciembre de 1966, había fijado ya las cuotas concretas a aplicar a cada una de las entidades, distinguiendo cuatro grupos de Mutuas a este efecto, cuya especificación no interesa en este lugar.

El nuevo Reglamento de 1976, dedica, el art. 27 a los gastos de administración, remitiéndose igualmente a lo que se establezca por el Ministerio de Trabajo en las escalas que se aprueben, si bien altera el porcentaje mínimo de dichas escalas, al establecer que el porcentaje que se constituya "no podrá ser inferior al 9% ni superior al 20%".

La elevación del porcentaje mínimo de los gastos de administración, introducido con un criterio relativo, viene a echar por tierra una de las teorías más queridas por los partidarios de la privatización de la gestión de la Seguridad Social, a saber, la de que la administración de las entidades públicas lleva consigo una burocracia falta de utilidad y sumamente costosa, por lo que su sustitución por entidades pri

vadas llevaría consigo, siempre según esa teoría, un notable ahorro. Por el contrario, si se examina el capítulo de gastos de administración de las Mutuas Patronales y se compara con el correspondiente capítulo de las Mutualidades Laborales, se observa que los gastos de administración de las primeras están por encima, porcentualmente respecto de sus ingresos, de los gastos de administración de las Mutualidades Laborales.

El siguiente cuadro ilustra suficientemente sobre la notable diferencia entre los gastos de administración de los entes públicos y privados:

../..

GASTOS DE ADMINISTRACION EN LA GESTION DE ACCIDENTES DE TRABAJO

(Datos obtenidos de las cuentas de gestión de las Mutualidades Laborales y Mutuas Patronales)

- en millones de pesetas -

| | 1966 | 1967 | 1968 | 1969 | 1970 | 1971 | 1972 | 1973 | 1974 | 1975 |
|---------|---------|---------|-------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|
| MM. LL. | 87,9 | 191,9 | 180,3 | 212,6 | 246,- | 528,- | 670,9 | 866,2 | 1.108,6 | 1.426,4 |
| MM. PP | 1.226,4 | 1.017,- | 961,3 | 1.030,8 | 1.146,7 | 1.266,7 | 1.461,4 | 1.661,7 | 1.995,3 | 3.090,3 |

Tomando como referencia el año 1975, los gastos de administración de las Mutuas Patronales superan con creces el 10% del volumen total de sus ingresos, mientras que los gastos de administración de las Mutualidades Laborales no llegaron a 10%.

Menos justificación tiene todavía, el argumento respecto de las pequeñas Mutuas Patronales que, sin embargo, -- son las verdaderas Mutuas (en el sentido de solidaridad empresarial espontánea para el cumplimiento de una finalidad social), pues sus costes de mantenimiento son tan elevados -- que el propio Reglamento ha tenido que admitir para ellas un porcentaje de gastos de administración de hasta un 20% del total de sus ingresos. Se evidencia así que las Mutuas Patronales de ninguna manera constituyen una alternativa en la -- gestión, productora de ahorro, mediante la simplificación burocrática de que se acusa a las entidades públicas gestoras de la Seguridad Social. Al contrario, son más caras, en todo caso, de administrar.

Por otra parte, y contra lo que pudiera pensarse, el porcentaje de los gastos de administración de las grandes Mutuas Patronales y de las restantes Mutuas, apenas difiere en relación con su volumen de ingresos, de acuerdo con los datos facilitados en las cuentas de administración confeccionadas por dichas entidades. El cuadro que sigue ilustra suficientemente la anterior información:

..//..

GASTOS DE ADMINISTRACION, distinguiendo entre Mutualidades Laborales y Mutuas Patronales, y entre grandes - Mutuas y resto de ellas, en la gestión de accidentes de trabajo. Evolución desde 1.967.

| Nombre | VOLUMEN DE GASTOS DE ADMINISTRACION (en millones de ptas.) | | | | | | | | | |
|---------------------|------------------------------------------------------------|-------|-------|-------|---------|---------|---------|---------|---------|--|
| | 1.967 | 1.968 | 1.969 | 1.970 | 1.971 | 1.972 | 1.973 | 1.974 | 1.975 | |
| M. Metalúrgica | 20,- | 28,5 | 32,8 | 36,4 | 41,1 | 49,2 | 59,8 | 75,4 | 90,2 | |
| M. Gral. Seguros | 130,- | 128,- | 133,9 | 141,1 | 165,- | 172,- | 197,6 | 230,6 | 286,- | |
| M.A.P.F.R.E. | 44,1 | 46,9 | 59,2 | 71,9 | 81,4 | 103,3 | 129,9 | 171,7 | 211,5 | |
| A.S.E.P.E.Y.O. | 134,- | 121,2 | 135,2 | 150,- | 186,- | 219,6 | 264,1 | 328,8 | 342,9 | |
| La Fraternidad | 37,3 | 34,1 | 51,7 | 61,5 | 65,8 | 84,9 | 96,5 | 121,2 | 159,3 | |
| Suma | 365,4 | 358,7 | 412,8 | 460,9 | 539,3 | 629,- | 747,9 | 927,7 | 1.089,9 | |
| Resto Mutuas | 721,2 | 782,5 | 863,- | 967,9 | 1.244,3 | 1.244,3 | 1.433,6 | 1.725,6 | 2.000,4 | |
| Mutualidades L. (1) | 191,9 | 180,3 | 212,6 | 246,- | 528,- | 670,9 | 866,2 | 1.108,5 | 1.426,4 | |

(1) Se consignan los importes que aparecen en la rúbrica de Gastos de Administración de las cuentas de Gestión de Accidentes de Trabajo, mientras que los correspondientes a Mutuas Patronales son los gastos totales que figuran en las cuentas de Administración confeccionadas por dichas Entidades.

II.- EL REGIMEN ECONOMICO-FINANCIERO DE LAS MUTUAS EXIGE LA ELEVACION DE LAS CUOTAS POR ENCIMA DE LO QUE SERIA --- PRECISO TRATANDOSE DE ENTES PUBLICOS.

Esto es realmente lo que ocurre como consecuencia - de la necesidad de garantizar a los beneficiarios frente a - una posible insolvencia de las Mutuas. Para ello, el régimen económico-financiero establecido por la Administración incluye una serie de garantías a las que nos hemos referido en el análisis del régimen jurídico (capítulo Cuarto): fianzas, compensación de resultados, reservas.... Digamos ahora que tales garantías suponen un capital acumulado de miles de millones de pesetas y que deben constituirse no con el capital -- propio de unos accionistas ajenos sino con las cuotas o primas de los sujetos obligados.

Por lo que se refiere a las fianzas, el aumento progresivo de los ingresos recaudados por las Mutuas Patronales hizo que la fianza regularizable anualmente ascendiera a cantidades muy importantes y, desde luego, sin excesiva justificación, habida cuenta del carácter de garantía última de la fianza, puesto que las Mutuas Patronales antes de acudir a - ella, tendrían que haber agotado las reservas obligatorias y voluntarias e, incluso, podrían haber recurrido a las propias empresas asociadas, teniendo en cuenta la responsabilidad mancomunada de las mismas. Se consideraba así a la citada fianza regularizable como una congelación de fondos insostenible, y se apuntaba a la necesaria sustitución de la misma por un -- sistema compensatorio que garantizase el cumplimiento de las obligaciones por parte de las Mutuas. El siguiente cuadro da una idea del nivel de las fianzas constituídas entre 1.967 y 1.973:

| <u>Años</u> | <u>Fianzas constituídas</u> | <u>Diferencias en fianzas</u> |
|-------------|-----------------------------|-------------------------------|
| 1967 | 492.822.353,- | -- -- |
| 1968 | 2.544.216.339,- | 2.051.393.986,- |
| 1969 | 2.635.579.619,- | 91.363.280,- |
| 1970 | 2.683.207.307,- | 47.627.688,- |
| 1971 | 2.912.445.363,- | 229.238.056,- |
| 1972 | 3.344.620.003,- | 432.174.640,- |
| 1973 | 3.950.507.300,- | 605.887.297,- |

Como se ve, las fianzas habían supuesto una congelación de fondos de varios miles de millones de pesetas y con un crecimiento, en solo siete años, de un 800%.

El nuevo Reglamento de 1976 ha optado finalmente -- por la supresión de la regularización anual de las fianzas, exigida en el sistema anterior, si bien, manteniendo la fianza inicial.

Más importancia cuantitativa tienen las reservas, - aunque en este punto las Mutualidades Laborales (como en la compensación de resultados) se encuentran injustificadamente sujetas a un régimen paralelo.

El siguiente cuadro muestra la cuantía de las reservas al 31 de diciembre de 1975. (en millones de ptas.)

| <u>C o n c e p t o s</u> | <u>MM.PP:</u> |
|-------------------------------------------------------|----------------|
| Obligaciones inmediatas | 7.438,6 |
| Siniestros pendientes de liquidación o pago | 8.501,9 |
| 80% exceso de excedentes | 7.905,9 |
| Reservas voluntarias | <u>5.403,5</u> |
| TOTALES | 29.249,9 |

C A P I T U L O D E C I M O

LA MARGINACION DEL BENEFICIARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- I.- Marginación a la hora de optar por el aseguramiento entre un ente público o privado
- II.- Marginación en los órganos de gobierno.

I.- MARGINACION A LA HORA DE OPTAR POR EL ASEGURAMIENTO ENTRE UN ENTE PUBLICO O PRIVADO.

Tal y como se encuentra configurado legalmente el denominado "convenio de asociación" resulta que es el empresario y no el trabajador el que decide asegurar a este y a sus familiares beneficiarios en una Mutualidad Laboral o en una Mutua Patronal.

El hecho es anómalo y demuestra una falta de respeto increíble hacia el beneficiario de la Seguridad Social, hacia quien es su acreedor, y hacia quien realmente tiene el problema de cubrir una eventual situación de necesidad.

Pero tal hecho tiene la virtualidad de explicar, por otra parte, la anormal distribución de las cuotas por accidente de trabajo entre los entes públicos y privados, ya que la opción no es fruto de un "plebiscito" de los beneficiarios sino de una "opción interesada" de los empresarios. Y por lo tanto, no refleja necesariamente el juicio sobre la mayor o menor protección que reciben los beneficiarios, sino una decisión basada en otras razones.

A falta de otras demostradas, es lícito pensar que tales razones no son otras que las ventajas económicas ofrecidas por las Mutuas Patronales a los empresarios o sus agentes.

Cabe pensar en ventajas hasta hoy permitidas (tales como el extorno de los excedentes) y en otra clase de ventajas no autorizadas pero conocidas en la práctica.

Junto a ellos se encuentra el dato de que las Mutuas Patronales no han renunciado a una política de atracción mercantilista, que llega hasta la anécdota (publicación en la Revista de Trabajo de propaganda).

II.- MARGINACION EN LOS ORGANOS DE GOBIERNO.

Si se piensa en los órganos de gobierno de las Mutuas descritos en el correspondiente epígrafe del capítulo IV se concluirá, sin error, que existe poca, por no decir ninguna, diferencia respecto de los típicos de las empresas privadas.

De ninguna manera aparecen en sus órganos de gobierno la representación de los intereses públicos, que encarna la Administración, y que se encuentran presentes en todas las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social, ni la representación del interés social que se traduce en aquellas Entidades en la presencia de representantes de trabajadores en sus órganos de gobierno, y no ya porque la representación de estos sea mayoritaria o minoritaria respecto de la de los empresarios, sino absolutamente inexistente.

Se trata, pues, de un sistema de gestión puramente empresarial en el que nada tienen que decir los trabajadores y los beneficiarios de la Seguridad Social, y en la que la administración se encuentra desprovista, por la misma razón, de un medio importante para ejercitar el control de las Mutuas Patronales, que garantice en todo momento el cumplimiento del interés público.

En este sentido hay que criticar que el nuevo Reglamento de 1976 haya perdido la oportunidad de introducir las modificaciones necesarias para hacer presentes en los órganos de gobierno de las Mutuas Patronales, los intereses públicos y sociales, pues la inclusión de los representantes de los trabajadores en un órgano específico, la Comisión de Prestaciones Especiales, no puede satisfacer ni resiste las exigencias de comparación con el gobierno de las demás Entidades Gestoras públicas. Por lo pronto en cuanto a su función, se reduce a la mera gestión de las prestaciones de la asistencia social, y en segundo lugar, porque los verdaderos órganos de gobierno de las Mutuas son la Junta General y la Junta Direc-

tiva, y en ellas no están representados los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social. El sistema es, pues, absolutamente insuficiente, y la gravedad del defecto se acentúa por el hecho de que no concurre sola sino añadida a la inexistencia de controles efectivos de legalidad y coordinación sobre las Mutuas con lo cual ni siquiera se limitan sus facultades a través de este sistema subsidiario.

El principio de la naturaleza privada de las Mutuas Patronales no puede prevalecer, sin embargo, frente al inte--rés público que exige que el gobierno de las Entidades gestoras de la Seguridad Social (y las Mutuas Patronales son verdaderas entidades gestoras a pesar de la calificación de la Ley como entidades colaboradoras, y eso resulta comprobado del --análisis de las funciones y competencias que, en materia de -gestión les corresponde) sea atribuido a los representantes -mismos de tales intereses y no a quienes, por la misma natu--raleza de las cosas, es lógico que antepongan sus intereses -privados a los de la comunidad.

Pero por ello mismo es reveladora la ausencia de los beneficiarios de los órganos de gobierno de las Mutuas, pues si los empresarios asociados, si las Mutuas Patronales, no tuvieran otro objetivo que el de mejorar las prestaciones otorgadas por los entes públicos ¿qué obstáculos podrían poner a que los trabajadores compartieran el gobierno de unas institutuciones creadas, en teoría, en su beneficio?.

C A P I T U L O U N D E C I M O

ENJUICIAMIENTO CRITICO DE LA COLABORACION DE LAS EMPRESAS

- I.- La inexistencia de un control adecuado.
- II.- Sistema de grandes empresas.
- III.- Marginación de los beneficiarios.
- IV.- Insolidaridad protectora.

I.- INEXISTENCIA DE UN CONTROL ADECUADO.

A la vista del conjunto de facultades controladoras que a la Administración corresponden sobre las empresas colaboradoras, es fácil concluir la ineffectividad de su ejercicio, puesto que: a) El control legal que corresponde a la Inspección de Trabajo, permite un diagnóstico negativo por las mismas causas que ya fueron apuntadas respecto a las Mutuas; en consecuencia, la única inspección realmente realizada lo ha sido a través del Cuerpo de Interventores de Empresas del Instituto Nacional de Previsión y a través de la Inspección de Servicios Sanitarios; b) En cuanto al control financiero, la inexistencia de una intervención de estas entidades hace absolutamente inservible la obligación de una contabilidad separada por las empresas, por cuanto se limita a establecer que se lleve a cabo tal contabilidad sin fijar las reglas para que se lleve a cabo la misma, y sin que quepa otorgar excesiva credibilidad a los datos consignados dada la inexistencia de intervención previa.

II.- SISTEMA DE GRANDES EMPRESAS.

En efecto, sólo las empresas con más de 500 trabajadores fijos están autorizadas a colaborar en la gestión a la que venimos refiriendonos.

Un exámen de las empresas que participan en la gestión de la Seguridad Social, mediante este sistema, aclara de inmediato que son, además, empresas de las de mayor tamaño, y con gran poder financiero las que colaboran en la gestión de la Seguridad Social. La Banca privada (Banco Hispano Americano, Urquijo, Vizcaya), la Banca oficial (Banco España, Hipotecario de España, Exterior de España, Consejo Superior Bancario, Instituto de Crédito Oficial, Banco de Crédito Local, -- Banco de Crédito de la Construcción...) algunos de los grandes monopolios estatales (Compañía Telefónica Nacional de España, Tabacalera...), alguna de las mayores empresas de España (Standar Eléctrica, Neumáticos Michelin, Construcciones -- Aeronáuticas, S. A., Hidroeléctrica Iberduero, S.A., S.E.A.T..) y algunos entes de la Administración Pública.

El número total de trabajadores al servicio de empresas colaboradoras está cercano a los 250.000 y el volumen total se queda cercano a los 700.000.000,-Pesetas.

III.- MARGINACION DE LOS BENEFICIARIOS.

El sistema es de colaboración de la empresa, y los - trabajadores son, en consecuencia, meros sujetos pasivos, de forma que, mientras que se encuentran representados en los ór ganos de gobierno de las Entidades gestoras públicas, en la - proporción determinada por la Ley, es la empresa la que ges-- tiona directamente el régimen de colaboración autorizada con carácter voluntario, sin participación de ninguna clase de -- los trabajadores. En efecto, éstos se ven reducidos a una fun-- ción puramente informadora a través del Jurado de Empresa, en sus dos vertientes de informar y ser informados y, en último extremo, de denunciar las irregularidades en el funcionamien-- to del servicio que pueden advertir en cada caso.

IV.- INSOLIDARIDAD PROTECTORA.

El sistema de financiación, mediante el cual las empresas quedan exentas de realizar determinadas aportaciones o pueden percibir las cuotas compensatorias correspondientes, - parece injusto en cuanto que tales exenciones o compensaciones se realizan bajo el prisma de un precio privado y no de una aportación que puede servir, si hay excedentes, para la financiación de otras prestaciones, fundamentalmente de la asistencia social.

No es óbice a lo anterior, la obligación establecida sobre las empresas de destinar los excedentes que pudieran producirse a la mejora de la Seguridad Social de sus trabajadores. En primer lugar porque tal mejora habría de repercutir en sus trabajadores y no en los trabajadores de toda la nación, quebrando así el principio de solidaridad. Y en segundo lugar, porque la inexistencia de un régimen contable adecuado impide tener la mínima certeza de que, efectivamente, los excedentes van a dedicarse a tal finalidad y no a un simple ahorro por parte de la empresa de una parte de las cuotas que están obligadas a satisfacer a la Seguridad Social.

C A P I T U L O D U O D E C I M O

RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION

Entendemos que los capítulos anteriores que tratan - de reflejar el funcionamiento real de las Mutuas Patronales y de las empresas colaboradoras dentro del Sistema de la Seguridad Social, deben cerrarse con unas conclusiones bastante simples, por lo obvias: La primera es, y ya se ha dicho, que el sistema normativo contiene tal cúmulo de contradicciones al - pretender incardinar el interés puramente privado, egoista y lucrativo, de las Mutuas, en un sistema tutor del interés público, que literalmente no se tiene en pié.

Ahora bien, y aquí viene la aclaración fundamental - que queríamos hacer, no se trata sólo de contradicciones del sistema normativo, pues entendemos que la mayor responsabilidad de que el sistema haya funcionado incorrectamente es de - la Administración, primero porque a ella le ha cabido la facultad fundamental de definir los puntos esenciales del sistema normativo tanto al nivel de los textos reglamentarios, como en el Texto Articulado (que indebidamente aprovechó para - legalizar parte del régimen jurídico) y Refundido. Y segundo, porque a ella incumbía, sobre todo, el establecimiento de un cúmulo de controles de tutela y su ejercicio efectivo. Y no - ha hecho ni lo uno, ni lo otro. O lo ha hecho tan defectuosamente que es como si no lo hubiera hecho.

No queremos decir que el sistema normativo hubiera - funcionado bien, ni que fuera completamente aceptable, pero - sí que no era tan malo como lo ha sido en su funcionamiento - real, y este funcionamiento efectivo es responsabilidad de la Administración.

No queremos utilizar el ejemplo a modo de aporía --- de lo que significa introducir a los intereses y personas privadas en la gestión de los asuntos públicos, pero sí se nos - debe permitir, por lo menos, a la vista de éste, resaltar las dificultades para que el interés público (y el patrimonio del mismo carácter) resulten siempre indemnes en supuestos semejantes.

CONCLUSIONES

I.- La denominada colaboración en la gestión de la Seguridad Social de las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo y de las empresas se encuadra en un marco general, que es -- aquella función o fin del Estado para cuya consecución éste organiza un servicio público.

Para llegar a esta afirmación hemos examinado el papel del Estado en la Seguridad Social, concluyendo que la -- asunción por aquél entre sus fines de garantizar a través de prestaciones concretas a los ciudadanos frente a situaciones de necesidad o inseguridad y jurídicamente preordenadas constituye elemento esencial del concepto de Seguridad Social, -- de modo que sin tal intervención estatal no existe Seguridad Social propiamente dicha, sino un conjunto de mecanismos protectores que no merecen tal denominación.

A la misma conclusión de que la Seguridad Social es una función del Estado se ha llegado mediante el análisis de las normas constitucionales y de las leyes que definen el papel del Estado respecto del sistema de Seguridad Social. A -- pesar de la terminología inadecuada y de la simultaneidad de vigencia de textos con rango de Ley Fundamental que contienen preceptos sobre la materia.

En conclusión, la Seguridad Social es una función -- del Estado, por definición, pero es, además, una función del Estado español, constitucionalizada y legalmente establecida a nivel ordinario en el conjunto de normas que constituyen -- el sistema de Seguridad Social español.

II.- La Seguridad Social no es solo un fin del Estado, sino que para su cumplimiento éste ha organizado un auténtico ser vicio público, al que son aplicables las reglas de continui- dad, regularidad, igualdad y mutabilidad.

Para llegar a esta afirmación hemos examinado previa mente la doctrina y jurisprudencia relativas al tema concreto de la Seguridad Social. Dada la insuficiencia de la rela- tiva a nuestro país, hemos considerado conveniente el exámen del estado de la cuestión sobre la teoría del servicio públi co. Esta indagación nos ha permitido constatar que la teoría ha superado las sucesivas crisis que le han afectado en sus aspectos orgánico (la exigencia superada de la personalidad jurídico-pública del gestor) y formal (el contencioso de los actos, que no siempre es administrativo) y se ha depurado -- así de elementos circunstanciales, para reconstruirse sobre una serie de principios básicos como son: la existencia de -- una actividad de interés general; las potestades de reglamen tación y control por la Administración sobre la actividad y sus gestores; y la naturaleza de los poderes de control que pueden ser reconducidos a la teoría de la tutela; junto a la eventual aparición de prerrogativas de poder público en el -- gestor privado. Tales elementos definitorios establecidos en el arrêt NARCY (28 - junio - 1963) son hoy compartidos por -- la mayoría de la doctrina francesa (RIVERO, WALINE, LAUBADE- RE, CHEVALLIER) y parte de la italiana (POTOTSCHNING) que po ne el acento de la definición en el establecimiento de una -- especial disciplina de la actividad que incluye la facultad de la Administración de establecer un conjunto de controles y programas sobre la actividad y los gestores.

De acuerdo con las tesis de esta doctrina mayorita- ria, y las de la doctrina española (BAENA, GARRIDO, G^a DE EN

TERRIA, ENTRENA, G^a. TREVIJANO...) hemos llegado a las siguientes conclusiones sobre la situación de la teoría del servicio público: 1). Se encuentra en una fase de revalorización, potenciada y depurada gracias a sus sucesivas crisis, revalorización que es apreciable, sobre todo, en la doctrina y jurisprudencia francesas; 2). Aunque existen diferencias entre las distintas concepciones del servicio público, la mayoría de la doctrina coincide en un concepto restringido que considera como tal la actividad de interés general asumida por el Estado y realizada por éste o por una persona privada; 3). En lo que no existe unanimidad es, precisamente en considerar servicio público la actividad realizada por un particular o privado no concesionario o cuyo título de intervención venga de la ley y no de la Administración, y ésta conserva facultades de reglamentación de la actividad desarrollada por el privado, aunque una parte de la doctrina española apele a la teoría de los servicios de interés público.

En la alternativa entre una y otra posición nos hemos inclinado por la doctrina francesa, por entender que la otra posición está demasiado apegada al prisma tradicional de la concesión, que no sirve para explicar la situación substancialmente idéntica entre el concesionario y el gestor privado controlado por la Administración en virtud de las facultades de reglamentación y control que la ley le concede.

Partimos, pues, de una previa posición sobre lo que entendemos sobre servicio público, en contradicción con una parte de la doctrina española, pero entendemos que se trata de una contradicción más aparente que real, y quizá solo nominalista, ya que una parte de los denominados servicios de interés público son, sencillamente, servicios públicos, y sería realmente difícil probar que su régimen jurídico difiere del de éstos.

Y conforme a esta definición del servicio público - podemos concluir que la Seguridad Social española constituye un auténtico servicio público, organizado por el Estado y en el que la Administración retiene las facultades principales de reglamentación y tutela de la actividad, con independencia del carácter público o privado de los entes que intervengan en su gestión.

A la Administración corresponden facultades de control sobre los entes públicos o privados gestores de la Seguridad Social que pueden reconducirse a la calificación de tutela.

Todos esos datos sirven para concluir que el sistema normativo de la Seguridad Social española está organizado positivamente como una actividad de interés general, asumida - y garantizada por el Estado, y para cuya realización la Administración goza de las más amplias facultades de reglamentación y control, con independencia de la naturaleza de los --gestores. Y, por tanto, que constituye un auténtico servicio público.

III.- Junto a los entes públicos gestores del servicio público de la Seguridad Social existen unos entes privados a los que la ley denomina "colaboradores". El exámen de su régimen jurídico que hemos realizado permite aseverar que no son tales colaboradores sino gestores en el sentido de que se encuentran legalmente legitimados para intervenir en la gestión y en el área de competencias definido por la ley de la misma forma que los entes públicos gestores.

El exámen del régimen jurídico de las Mutuas nos ha permitido igualmente concluir: a/ su naturaleza jurídico privada a pesar de los índices de posible configuración pública de tales entes; b/ su carácter de sociedades, frente a la calificación legal de asociaciones, supuesto que no son entidades de interés público ni persiguen directamente fines altruistas, sino de lucro o ganancia; c/ la delimitación legal de su objeto a la gestión estricta de las contingencias derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, lo que significa que tales entes se encuentran sujetos al principio de especialidad, y no pueden realizar otras actividades que las asignadas por la ley; d/ las potestades de reglamentación de la actividad que pertenecen a la Administración y no al ente privado, de modo que éste no desarrolla una actividad libre, sino en cada momento la legalmente asignada pero sujeta a las variaciones en cuanto al modo y forma y en cuanto al contenido (financiación, prestaciones) que la Administración pueda introducir (principio de mutabilidad) y naturalmente el legislador; e/ la sujeción a un conjunto de facultades de control que la ley denomina de dirección, vigilancia y tutela, y que un exámen detenido de las facultades realmente asignadas a la Administración nos permite calificar, de acuerdo con la doctrina dominante en la materia, como tutela, a pesar de ejercerse sobre entes privados; f/ a diferencia -

de lo que sucede con los entes privados en general, las Mutuas no poseen un patrimonio propio, o dicho de otra forma, - los bienes que administran y los recursos que proceden de cuotas de la Seguridad Social, constituyen parte del patrimonio de ésta, y se rigen en consecuencia por las mismas reglas que el patrimonio adscrito a los entes públicos gestores, esto es, por un régimen patrimonial especial distinto de las facultades patrimoniales típicas en Derecho privado; g/ por el contrario, el régimen económico financiero al que se encuentran sujetas estas entidades es el típico y propio de las entidades privadas aseguradoras, lo que se explica en función de los precedentes históricos de estas entidades. Y otro tanto - cabe decir por lo que se refiere a los órganos de gobierno de las mismas.

En cuanto al régimen jurídico de las empresas colaboradoras las conclusiones son semejantes a las ya analizadas: naturalmente la empresa no es una persona jurídica, pero su titular, el empresario (a quien es reconducible la responsabilidad de la gestión realizada) es una persona privada (salvo en determinados supuestos de empresas estatales).

Como las Mutuas, se encuentran igualmente sujetos a un control de tutela de la actividad a desarrollar, pero las facultades corresponden en este caso al ente público gestor - (perteneciente a la Administración indirecta) y no a la Administración centralizada.

IV.- La configuración teórica de los supuestos de colaboración en la gestión estudiados ofrece dificultades desde el punto de vista de la dogmática tradicional del Derecho Administrativo.

Desde luego, el análisis de la intervención de la Administración para la constitución válida de las Mutuas impide ver en ella una auténtica concesión administrativa, cualquiera que sea el concepto que se utilice, e incluso el amplio de VILLAR PALASI, cuya inadecuada configuración precisamente combatimos, ya que parte del error de no considerar que los entes privados considerados ostentan un derecho a participar en la gestión, y el valor de la intervención administrativa no pasa de ser, pues, un acto del género "autorización", y de la especie -utilizando su terminología- "acto habilitante". La misma conclusión negativa se obtiene del examen de la intervención de la Administración para autorizar la colaboración de las empresas.

Tampoco cabe la configuración de la intervención de los privados en este servicio público acudiendo a la teoría de la actividad de interés público, sino porque le corresponde legalmente la reglamentación de tal actividad.

Por lo tanto, hemos creído conveniente encontrar un camino más adecuado para la configuración dogmática de estos entes, y lo hemos encontrado en la teoría de la descentralización administrativa.

Para ello hemos partido de un hecho básico y sustantivo, a saber, que la gestión de los entes privados se encuentra formalmente configurada dentro del servicio público en cuestión en términos equiparables a la de los entes públicos ges-

tores: en uno y otro caso existen, efectivamente, una descentralización de la función desde la Administración central a otro ente (público o privado) pero, también en ambos casos, los entes se encuentran sujetos al mismo control jurídico, cuya calificación, de acuerdo con su contenido, no puede ser otra que la de tutela.

En consecuencia, hemos procedido a un análisis de la teoría de la descentralización tal y como se encuentra acogida entre los principales autores españoles actuales, para concluir que los elementos fundamentales de esta teoría radican en la transmisión de competencia desde la Administración a otro ente, de una parte (donde es clave la idea de competencia, aportada por GARRIDO como concepto técnico jurídico frente a la previa politización del término) y en la existencia de una relación de tutela sobre el ente descentralizado. La exigencia de la naturaleza pública del ente descentralizado obedece, a nuestro juicio, a un prejuicio dogmático y a la funcionalidad de la propia investigación inicial que trató de explicar las relaciones entre los entes públicos descentralizados y la Administración directa.

Ahora bien, entendemos que ha llegado el momento de replantearse la ampliación de la idea de la descentralización y su aplicación a los entes privados.

La funcionalidad de tal extensión sería, por otra parte, similar a la que tuvo en relación con los entes públicos. En primer lugar, no es un capricho, sino que responde a la necesidad de explicar las relaciones entre la Administración y los gestores de servicios públicos que no están ligados a ella por un título jurídico concesional (o arriendo o concierto). En segundo lugar, entre la Administración y los

entes privados existen relaciones semejantes a las de aquella con los entes públicos descentralizados. La aplicación de la relación de tutela a los privados no solo constituye una explicación jurídica, sino posiblemente una necesidad del control en supuestos en que el interés público se encuentra en posición más endeble por la naturaleza privada del ente a --- quién está confiada su gestión. La sujeción de la actividad de tales entes a un Derecho público, en tercer lugar, al menos en parte, sería el resultado final de tal funcionalidad, pues en tanto no se admita la tesis de la descentralización -- los recelos ante el ejercicio de facultades de reglamentación por parte de la Administración continúan existiendo, al considerar como una auténtica intromisión de aquella en la actividad de los privados.

Ciertamente las consecuencias de la descentralización administrativa no son las mismas tratándose de un ente público o de un ente privado, puesto que en el primer caso, la tutela obra de manera que el citado ente puede seguir siendo -- considerado como integrado en la organización administración. En el segundo, el privado no pertenece a la organización y la tutela no permite considerar que se produzca tal integración, en cuyo caso el ente habría dejado de ser estrictamente privado. Su situación, sin embargo, se aproxima a la del ente público, pues se convierte en un ente instrumental de la organización administrativa, término que utilizamos aún a sabiendas del riesgo de confusión con el que los entes instrumentales -- que la doctrina ha individuado como una de las especies en el seno de la Administración institucional.

Por lo demás, no se trata aquí de desarrollar una teoría completa sobre una posible descentralización administrativa aplicada a los privados, pero el estudio concreto de las --

Mutuas y de las empresas colaboradoras en sus relaciones con la Administración nos permite configurar como datos de la --- misma (los que son por otra parte elementos de la descentralización administrativa aplicada a los entes públicos, en casi todos los casos), los siguientes: 1) La descentralización tiene lugar mediante una transferencia de competencias de la Administración al ente privado; 2) La transferencia no es hecha por la Administración sino por el legislador, que permite no solo descentralizar el ejercicio concreto de la función sino, en parte, desadministratizarla; 3) Los sujetos privados definidos por el legislador, y solo ellos, tienen auténtica competencia para la realización de su cometido. Esta nota es importante frente a la pura actividad privada en la que puede in--tervenir cualquier persona, pública o privada, e implica, por lo tanto, el monopolio de la actividad para un tipo concreto de persona jurídica; 4) El legislador no crea directamente a la persona privada gestora, o al menos no es ese un dato esencial de la descentralización, pero reglamenta la actividad a desarrollar por la misma, pudiendo incluso reglamentar la organización de la persona, de manera que puede decirse que prefigura y enmarca en límites estrechos la autonomía del ente; y 5) En todo caso, la Administración conserva la titularidad de la función y ostenta facultades de control sobre el ente - privado descentralizado, de contenido idéntico a la tutela.

V.- Junto a los datos de carácter puramente jurídico-formal interesa el conocimiento del funcionamiento real de la descentralización a favor de los privados, para lo cual entendemos que el análisis de aquél en la Seguridad Social puede constituir un adecuado laboratorio.

El exámen realizado sobre los datos que ha sido posible obtener permiten un diagnóstico negativo que se centra sobre los siguientes puntos:

1º.- La colaboración de las Mutuas parte de la premisa legal y expresamente recogida y enunciada del carácter del sistema de la Seguridad Social como incompatible con el ánimo de lucro, de una parte, y por otra de la incorporación del -- principio de consideración conjunta de las contingencias protegidas, pero tales principios resultan contradichos, precisamente por la incorporación de tales entidades, cuya naturaleza es privada y cuyo fin real y aún típico en cuanto "sociedades" es precisamente, la obtención del lucro que se derive -- del máximo ahorro, y éste solo puede conseguirse mediante una disminución de la protección dispensada.

2º.- La autorización de extornar los excedentes en determinada proporción a los asociados ha constituido el reconocimiento realista de que la naturaleza societaria de las Mutuas exigía una motivación lucrativa para que participaran en la gestión. Pero esta autorización se ha saldado con una disminución correlativa de la protección, ya que los excedentes de gestión son dedicados por los entes públicos gestores a -- otorgar prestaciones de asistencia social, mientras que las Mutuas lo han dedicado a extornos o a otros fines.

3º.- La necesidad del mantenimiento de esta motiva--

ción realista ha inducido a la consagración de un sistema de ingresos en función de tarifas de primas -variables según -- el riesgo- por encima de las necesidades reales de las contingencias protegidas. Unido ello a las garantías inherentes, para los terceros asegurados, en todo sistema de seguros privado (fianzas, reserva, compensación de resultados...) lo que ha forzado aún más si cabe la elevación o el mantenimiento de los ingresos por encima de las aludidas necesidades reales de cobertura. Este último hecho, sobre todo, ha permitido acumular un capital visible por parte de las Mutuas cifrado en miles de millones de pesetas.

4º.- La Ley ha declarado la integración de los fondos de las Mutuas en el Patrimonio único de la Seguridad Social, pero indudablemente existen fórmulas para hurtar tal -- disposición. De una parte, determinadas Mutuas han constituido fundaciones benéficas o benefico-docentes, lo que ha permitido trasladar una parte de ese patrimonio fuera del control de la Seguridad Social. De otra, la inexistencia de una reglamentación sectorial de los contratos, y la inexistencia de -- una intervención en los actos económicos de las entidades, no permiten asegurar el destino real de los excedentes, cuya --- cuantía total puede ser controlable, pero no la forma en que se manejan, dada la libertad del régimen de inversiones de -- las entidades.

5º.- La libertad de las Mutuas para aceptar o no la protección de las empresas en función de los riesgos de las -- mismas ("convenio de asociación") permite una selección de -- aquellas frente a los entes públicos gestores que se ven obligados a cargar con toda clase de empresas con independencia -- del riesgo, y de que sean buenas o malas pagadoras o insolventes. Resulta así una "socialización de las pérdidas" sobre --

los entes públicos, para beneficiar a los privados.

6º.- Los beneficiarios y los trabajadores se encuentran marginados de la gestión por las Mutuas. De una parte, - la opción entre una Mutualidad y una Mutua es realizada por - el empresario sin contar con el trabajador. De otra, en los - órganos de gobierno de aquella no participan sino los empre-- sarios (a diferencia de lo que sucede con los entes públicos gestores).

Tal hecho permite intuir que los rectores de las enti dades y determinados intereses por ellos representados no de-- sean el control de su gestión por quienes son los verdaderos interesados en ella, abriendo así un amplio campo a la sospecha de la legalidad de la gestión realizada.

7º.- El control ejercido realmente sobre las Mutuas Patronales ha sido insuficiente, por no decir nulo, marcando-- se así un completo divorcio entre lo establecido legalmente y el funcionamiento real.

Por otra parte han faltado, incluso a nivel reglamen-- tario, una fijación coherente de las bases de ese control, so bre todo desde el punto de vista financiero.

La Inspección de Trabajo, legalmente competente para la intervención e inspección de las entidades, no ha ejercitado debidamente sus competencias, como resulta del análisis de sus Memorias.

8º.- Los órganos de gobierno de las Mutuas no solo - patentizan el dominio exclusivo del interés empresarial fren-- te al de la Seguridad Social, sino que la remisión reglamentada

ria a lo que determinen sus Estatutos en muchos aspectos cruciales permite afirmar que la puerta se encuentra, cuando menos, entreabierta para que determinados sectores de intereses puedan imponer así su dominio al resto de los empresarios asociados.

9º.- La gestión de las Mutuas no solo no ha significado un ahorro efectivo para la Seguridad Social sino que sus gastos de administración superan a los de las correlativas entidades públicas competentes, sin contar con las posibles desviaciones de fondos desde ellas a otras entidades o personas.

10º.- Por lo que se refiere a la colaboración de las empresas el diagnóstico no es tan negativo, pero aún así habría que sintetizar los siguientes inconvenientes del sistema:

- la insolidaridad nacional que introduce al permitir la reconducción de los excedentes de gestión a favor de los trabajadores de la empresa exclusivamente.

- La inexistencia de un control adecuado de los fondos de Seguridad Social utilizados por el empresario.

- la marginación de los trabajadores y beneficiarios de la colaboración empresarial, y

- la incoordinación inevitable con los servicios sanitarios de la Seguridad Social.

VI.- Cerramos nuestras conclusiones recordando que una parte de los defectos del sistema de descentralización son inherentes a la propia articulación legal defectuosa, otra, a la --- siempre difícil incardinación en los intereses públicos de los privados sin que aquellos perezcan. Y la fundamental, en el caso estudiado, que es la responsabilidad de la Administración a la que incumbe la reglamentación y el control de la actividad y de los entes gestores, de modo que ni ha reglamentado - aquella adecuadamente, ni establecido, y menos ejercido, los controles debidos.

Permítasenos igualmente salvar de este juicio negativo a los que sean salvables: pues no todas las Mutuas Patronales tienen las mismas características, ni es presumible en todas un manejo de los fondos contrario al interés público.

Pero desgraciadamente aquello no sirve sino para salvar a una parte, lo que no puede alterar el diagnóstico global donde, se repite, la responsabilidad fundamental incumbe a la Administración.